

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LE VOL A L'INTÉRIEUR DE LA DOMUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le mardi 17 mai 1938, à quatorze heures

PAR

MAURICE PIQUES

Sous la présidence de M. DUMONT, Professeur

SUFFRAGANTS

{ M. HUGUENEY, Professeur

{ M. CHEVRIER, Professeur



DIJON

IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER

12, Rue Berbissey, 12

—
1938

ESSAI SUR LE VOL
A L'INTÉRIEUR DE LA DOMUS

UNIVERSITÉ DE DIJON -- FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LE VOL A L'INTÉRIEUR DE LA DOMUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le mardi 17 mai 1938, à quatorze heures

PAR

MAURICE PIQUES

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. DUMONT, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. HUGUENEY, Professeur
M. CHEVRIER, Professeur



DIJON

IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER

12, Rue Berbisey, 12

—
1938

*La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux
opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



ADDENDA - ERRATA

Page 4, ligne 12, *au lieu de* : échafauder, *lire* : conjecturer.

Page 5, ligne 19, *au lieu de* : l'un soit au préjudice, *lire* :
l'un au préjudice.

Page 6 in fine, *au lieu de* : le second à celui du mécanisme et le troisième à celui des modalités, *lire* : s'il y a lieu, un second chapitre traitera de cette répression elle-même.

Page 9, ligne 10, *au lieu de* : origine doctrinale, *lire* :
origines diverses.

Page 9, note 1, ligne 2, *au lieu de* : libri XXXVI, 44, *lire* :
libri XX, XVI, 4, 4.

Page 10, note 1, <i>au lieu de</i> :		σφοδρός,	<i>lire</i> σφοδρός
—	—	γυναίχι,	— γυναίχι
—	—	απολείπειο,	— ἀπολείπειο
—	—	γυναῖκα,	— γυναῖκα
—	—	ἐκβάλλειν	— ἐκβάλλειν
—	—	ἐπί,	— ἐπί
—	—	φαρμακεια,	— φαρμακεια
—	—	υποβολῇ,	— ὑποβολῇ
—	—	μοιχευθεῖσαν,	— μοιχευθεῖσαν

Page 11, note de la page 10, *au lieu de* υποβαλλο, *lire*
υποβαλλο

Page 11, note de la page 10, *au lieu de* : υποβαλλειν, *lire* :
υποβάλλειν

Page 11, note 3, *au lieu de* : Valérie Maxime, *lire* : Valère
Maxime.

Page 12, ligne 5, *au lieu de* : nous autorise à penser qu'il
s'agit, *lire* : nous autorise à penser, comme l'a montré
M. Noailles, qu'il s'agit.

Page 13, note 2, *ajouter* : Voir sur ce texte, en dernier lieu, ERWIN SCHEPSES, *Ueber Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, dans *Studia et documenta historiae et iuris*, t. IV, 1938, p. 107 et suiv.

Page 14, note 1, *au lieu de* : aratio, *lire* : aratro.

Page 15, ligne 13, *au lieu de* : perpétration, *lire* : réalisation.

Page 16, ligne 7, *au lieu de* : Ils se sont laïcisés, *lire* : Comme il l'a montré, ils se sont laïcisés.

Page 20, note 2 : *Les points à l'extrémité des lignes de la citation de la loi de Gortyne doivent être remplacés par des tirets.*

Page 20, note 2 :

ligne 1 de la citation, <i>au lieu de</i> : Αι,			<i>lire</i> : Αι	
— 2	—	—	άνδρός,	— άνδρός
— 4	—	—	αυτόν,	— αυτόν
— 4	—	—	τί,	— τί
— 5	—	—	άποδώτω,	— άπόδωτο
— 5	—	—	αυτόν,	— αυτόν
— 7	—	—	(τ)άν,	— (τ)άν
— 7	—	—	άπομοσαι,	— άπομόσαι

Page 22, ligne 8, *au lieu de* : et le mari ne se souciait pas de laisser sa femme dénuée de ressources, *lire* : et le mari ne s'inquiétait pas de savoir s'il laissait sa femme dénuée ou non de ressources.

Page 23, ligne 12, *au lieu de* : deux choses, *lire* : de deux choses l'une.

Page 23, ligne 12, *au lieu de* : ou la femme consent à aller devant l'arbitre, *lire* : ou la restitution de la dot est ordonnée par l'arbitre.

Page 23, ligne 16, *au lieu de* : ou bien la femme refuse, *lire* : ou bien la femme réclame l'intégralité de la dot dont la restitution lui a été promise par stipulation, sans vouloir accepter aucune retentio.

Page 23, ligne 22, *au lieu de* : est-elle intervenue, *lire* a-t-elle eu lieu.

Page 24, ligne 9, *au lieu de* : conditionem, *lire* : conditionem.

Page 26, note 1, *au lieu de* : Alcémène, *lire* : Alcène.

Page 27, ligne 15, *au lieu de* : rape, *lire* : rapere.

Page 28, ligne 21, *au lieu de* : Dans notre introduction, nous nous sommes, en effet, fixé pour but, *lire* : Nous nous sommes, en effet, fixés pour but.

Page 29, note 2, *ajouter* : D. 29, II, 71, 3 à 9.

Page 34, note 3, *lire cette note ainsi* : Denys d'HALICARNASSE, II, 25, 2 : « ... και νῶνδ' ἀπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἰέρων. »

Page 35, note 2, ligne 6, *lire la citation d'Aristote* : « ἐπὶ τέκνων γενεσσεὶ καὶ βίον κοινωνία. »

Page 35, note 2, ligne 7 in fine, *au lieu de* : τοῦ βίου, *lire* : τοῦ βίου.

Page 36, note 2, *lire la citation de Plutarque ainsi* : « Λιὰ τὴν νύμφην, εἰσάγοντες λέγειν κτελεύουσι : Ὅπον σὺ Γαῖος, ἐγὼ Γαῖα ; »

Page 36, note 2, ligne 8, *au lieu de* : Γαῖα, *lire* : Γαῖα.

Page 36, note 2, ligne 11, *au lieu de* : voir, *lire* : voit.

Page 37, note 1, *lire la citation ainsi* : Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότῃ πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν ὡςπερ ὁ ἀνὴρ.

Page 40, dernière ligne, *au lieu de* : et est, *lire* : et elle est.

Page 43, ligne 13, *au lieu de* : promiscus usus, *lire* : promiscuus usus.

Page 43, note 4, ligne 2, même correction.

Page 49, note 1, ligne 2, *au lieu de* : συγκιροῦν. *lire* : ἀναιροῦν ; *au lieu de* : retentio, *lire* : retentiona.

Page 51, ligne 2, *au lieu de* : le délit de choses soustraites, *lire* : le délit consistant dans la soustraction de choses entre conjoints.

Page 51, note 1, *au lieu de* : Inst. de patria potestate, *lire* : Inst. J. I, VIII, II.

Page 60, note 2, *au lieu de* : un mari qui avait seulement reçu en gage l'objet volé, *lire* : d'un objet volé au mari qui l'avait seulement reçu en gage.

Page 62, ligne 18, *au lieu de* : La capitis deminutio crée un changement d'état, *lire* : La capitis deminutio correspond à un changement d'état.

Page 65, ligne 16, *au lieu de* : un stratège d'Alexandre, *lire* : un stratège Alexandros.

Page 65, note 1, *lire ainsi la citation* : διὸ ἀξιῶ ἀχ[θ]ῆναι ταύτην [ἐ]πι σὲ ὅπως τύχη ὦν προσή[κει] καὶ ἀποδοῖ μοι τὰ ἡμέτερα.

Page 66, ligne 1, *lire ainsi la citation* : ἀξιῶ ἀχ[θ]ῆναι ταύτην [ἐ]πι σὲ ὅπως τύχη ὦν προσή[κει].

Page 66, ligne 16, *au lieu de* : Tryphon réclame, à défaut de dommages-intérêts, la restitution des choses, *lire* : Tryphon réclame la restitution des choses, et à défaut des dommages-intérêts.

Page 67, ligne 8, *au lieu de* : prescrites, *lire* : usucapées.

Page 67, ligne 24, *au lieu de* : et une action personnelle, *lire* : ou une action personnelle.

Page 68, ligne 1, *au lieu de* : que l'actio rerum amotarum aurait été pénale, *lire* : que l'actio rerum amotarum se serait rapprochée des actions pénales.

Page 75, ligne 6, *au lieu de* : celles : propter impensas, *lire* : celles que l'on exerce propter impensas.

Page 75, ligne 6, *supprimer* « in ipsam ».

Page 79, ligne 17, *au lieu de* : Ils ne permettaient d'intenter ni l'une ni l'autre, *lire* : Ils ne permettaient, ajoute cet auteur, d'intenter ni l'une ni l'autre.

Page 81, ligne 7, *au lieu de* : dérobe la dot remise à la femme, *lire* : la dot lui ayant été remise, dérobe sa femme.

Page 83, ligne 20, *au lieu de* : les classiques ne l'ont jamais, *lire* : les classiques ne l'ont-ils jamais.

Page 84, ligne 4, *au lieu de* : « ipsas res, » *lire* : « in ipsas res ».

Page 84, note 1, *ajouter* : *L'action qua incertum petimus, dans Studia et documenta historiae et iuris*, t. IV, 1938, p. 152 et s.

Page 85, ligne 6, *au lieu de* : elles, *lire* : elle.

Page 86, ligne 12, *au lieu de* : elle, *lire* : cette action.

Page 86, note 2, ligne 3, *au lieu de* : injustat, *lire* : injusta.

Page 90, ligne 12, *au lieu de* : où les choses sont parvenues, *lire* : où les choses lui sont parvenues

Page 91, paragraphe 1^{er}, ligne 12, *au lieu de* : divortii secuto, *lire* : divortio secuto.

Page 92, note 4, *lire la note ainsi* : D. 25, II, 7, BIONDO BIONDI, *La compensazione nel diritto romano classico, Annali del Seminario giuridico delle R. Università di Palermo*, t. XII, 1927, p. 398 et s., et les auteurs cités *Index Interpolationum, op. cit.*, col. 107.

Page 95, ligne 10 et 11, *au lieu de* : si minus agetur rerum amotarum, *lire* : si minus, agetur rerum amotarum.

Page 97, lignes 18 et 19, *au lieu de* : libro trigesimo anno, *lire* : libro trigesimo quarto.

Page 98, *au lieu de* : contractus, *lire* : contractu.

Page 98, avant-dernière ligne, *au lieu de* : l'exceptio quo facere potest, *lire* : ajouter à la formule la clause in id quo facere potest.

Page 99, ligne 10, *au lieu de* : Disputationum, *lire* : Disputationes.

Page 100, lignes 20 et 21, *au lieu de* : divortii secuto, *lire* : divortio secuto.

Page 101, ligne 13, *ajouter* . La prestation de ce serment arrêtera les poursuites.

Page 101, note 2, *au lieu de* : page 17, note 1, *lire* : page 20, note 2.

Page 102, ligne 11, *au lieu de* : récupérer, *lire* : récupérer.

Page 103, ligne 15, *au lieu de* : son, *lire* : sa.

Page 103, ligne 16, *au lieu de* : des ordonnances, *lire* : des mandats impériaux.

Page 115, note 1, ligne 2, *au lieu de* : est, *lire* : et.

Page 136, ligne 18, *au lieu de* : Habtius, *lire* Habitus.

Page 140, ligne 12, *au lieu de* : violora, *lire* : viliora.

Page 140, note 4, *ajouter* : Louis DEBRAY, *Pétrone et le droit romain*, *Nouvelle Revue Historique...*, 1919, p. 139, et en dernier lieu, ERWIN SCHEPSES, *Ueber Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, dans *Studia et documenta historiae et iuris*, t. IV, 1938.

Page 141, en note, ligne 4, *au lieu de* : C. II, I, I, *lire* : C. 6, I, I. *Ajouter à la note* : Pour l'époque de Justinien, cette notion est exprimée également dans deux constitutions, C. 6, II, 2f, pr. et C. 11, XLVIII, 23, pr. Voir sur ces textes E. SCHEPSES, *op. cit.*, pour lequel il s'agit là du maintien par Justinien d'une idée favorable aux principes chrétiens, la constitution C. 6, I, 1, étant interpolée.

INTRODUCTION

Il nous faut tout d'abord faire un aveu : lorsque nous avons entrepris ce modeste travail, nous pensions uniquement étudier le vol qu'une épouse romaine pouvait commettre au préjudice de son mari. Mais, au cours des recherches que nous avons effectuées, nous nous sommes aperçu que l'historique de la répression et la répression même du *furtum* que pouvaient perpétrer deux autres personnages de la *domus* : le fils de famille et l'esclave, présentaient une intéressante analogie avec le larcin de l'épouse.

Le vol à l'intérieur de la *domus* constituera donc l'objet de notre étude, nous insisterons toutefois, plus particulièrement, sur le *furtum* de l'épouse.

Le premier délit de vol que l'on reproche, à Rome, à l'épouse ne constitue pas un *furtum* au véritable sens de ce mot. C'est une infraction d'ordre religieux et dont la sanction est imprégnée de ce caractère. Une très ancienne disposition dite loi royale, attribuée à Romulus, nous apprend en effet que l'épouse romaine qui volait les clés de la cave à vin, que le mari détenait seul, était répudiée. Le *furtum* enfreignait la règle religieuse qui découlait des cérémonies qui accompagnaient le mariage par *confarreatio*, *usus* ou *coemptio* et brisait

ainsi le lien sacré qui attachait la femme au foyer. La répudiation en était la sanction toute naturelle, mais aussi religieuse.

Mais, au début de l'époque classique, lorsqu'intervient au moment de la répudiation le règlement des comptes que le mari doit à la femme, l'*arbitrium rei uxoriae*, deux notions s'affrontent désormais, ou mieux s'opposent : la *res uxoria* et la *res amota*. Le *consilium propinquorum*, qui avait à se prononcer sur la restitution des choses qui appartenaient à la femme, distinguait à n'en pas douter les objets qui étaient la propriété de l'épouse et ceux qu'elle avait volés, soustraits, autrement dit les *res uxoriae* et les *res amotae*.

Et la notion d'un *furtum* possible de l'épouse au préjudice du mari date vraisemblablement de cette époque, mais la chose volée n'est pas appelée *res furtiva*. Pourquoi ? Jurisconsultes et auteurs nous en donnent la raison : l'épouse romaine est *socia* de son mari. Lorsqu'elle pénètre sur le seuil de la maison conjugale, elle prononce en effet la formule : « *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* ». Aussi, à l'intérieur de la *domus*, elle est *domina* au même titre que le mari est *dominus*. Véritable compagne du mari, elle prend part à toutes les affaires qui intéressent la *domus*, elle est consultée lors du mariage des enfants et chaque fois que les intérêts de la famille sont en jeu. Elle est appelée *materfamilias* et il existe entre cette dénomination et celle de *paterfamilias* une consonnance qui autorise la supposition d'une ressemblance de condition.

La *societas vitae* que forment les conjoints, la vie de la *domus* qu'ils partagent, telles sont les principales raisons qui transforment la *res furtiva* en *res amota* et ont conduit les jurisconsultes à ériger un système spécial de répression.

S'il existait, au moment de la répudiation, des *res amotae*, une *retentio* pouvait être envisagée. Le mari était alors autorisé à retenir, sur la somme qu'il devait en définitive verser à l'épouse, le montant de la valeur des objets qu'elle avait soustraits.

Mais pareil règlement suppose que les biens de l'épouse étaient restés entre les mains du mari. Or, dans la crainte d'une découverte rapide de son larcin, la femme, au moment de la répudiation, pouvait emporter non seulement les choses qu'elle avait dérobées, mais aussi celles qui lui appartenaient.

C'est donc sans doute, ici, que se place l'intervention prévoyante du prêteur. Pour suppléer à la *retentio propter res amotas*, il crée une action spéciale : l'*actio rerum amotarum*. Cette nouvelle procédure permettra de sanctionner le *furtum* commis par l'épouse en vue du divorce « *divortii gratia* » et le divorce ayant été accompli, « *divortio secuto* ».

Mais une hypothèse en fait naître une autre : le prêteur a songé à l'impossibilité où pouvait se trouver le mari de pouvoir opérer une *retentio*. Or, on peut encore prévoir que le mari, au moment du divorce, détenait les biens de la femme et pouvait pratiquer sur sa dot une *retentio*, mais

qu'il était dans l'ignorance du vol dont il était victime. L'épouse pouvait en outre avoir dérobé pendant le mariage, en vue du divorce, mais le divorce ne s'était pas accompli ou bien le mariage s'était dissous par la mort du mari. Enfin, antérieurement à l'intervention du prêteur, si l'épouse avait soustrait des objets appartenant au mari en vue du divorce et si le divorce avait suivi, n'existait-il pas une sanction à son égard lorsqu'une *restitutio* ne pouvait avoir lieu ?

Nous avons examiné toutes ces hypothèses et la dernière, en particulier, nous a permis d'échafauder une très intéressante répression qui serait à l'origine même de l'*actio rerum amotarum* et dont voici en quelques lignes le processus : antérieurement à l'intervention du prêteur, le mari ne pouvait probablement pas intenter une action *furti* n^{ec} manifesti à l'encontre de sa femme qui l'avait volé en vue de la répudiation et cette dernière ayant eu lieu. Mais une *reipersecutio* au moyen d'une *actio per sacramentum in rem*, ou parfois d'une *actio per sacramentum in personam*, remplacée plus tard par une *condictio*, lui était sans doute permise.

Ces deux dernières actions, précédées d'une estimation de la valeur de la chose volée, auraient été intentées chaque fois que la femme, dans la mesure où la loi des XII Tables le permettait, en était devenue propriétaire.

Mais après la loi *Atinia*, dès la fin du VI^e siècle et au début du VII^e, la femme, comme tout autre voleur, ne pouvait plus acquérir la propriété des choses volées. Cette *condictio* n'avait donc

plus sa raison d'être, mais, pour les voleurs ordinaires « *in odio furum* », dira Gaius, on la conserve. Pour accentuer la répression du vol, on l'ajoute ainsi à l'*actio furti*. A l'égard de la femme voleuse, par contre, la *condictio* n'accompagne pas l'action de vol, mais elle s'y substitue, la remplace.

Cette situation, le préteur l'a traduite dans son édit : il a créé un *judicium* singulare : l'*actio rerum amotarum*, qui s'oppose au *judicium* generale, la *condictio*, utilisée auparavant. Ce serait en outre là l'explication de la nature à la fois pénale et reipersécutoire de l'*actio rerum amotarum*.

La prohibition de l'exercice de l'*actio furti*, ou plutôt l'octroi d'une action spéciale, dictée par le rôle d'associée que tenait l'épouse dans la domus, tel est donc le sort réservé à la femme voleuse. Une situation analogue, commandée par une raison identique, est aussi faite au fils de famille et à l'esclave voleurs, l'un soit au préjudice du *paterfamilias*, l'autre, à celui du maître. En effet, ces deux autres personnages de la domus, lorsqu'ils commettaient un pareil délit, n'étaient pas tenus *furti*. Pourquoi ?

C'est parce qu'un lien de dépendance les attache tous deux à la domus et leur en fait partager la vie. Pour le fils de famille, ce lien est celui de la *patria potestas*; pour l'esclave, celui de la *dominica potestas*. Or, primitivement, l'association de l'épouse à la vie du mari et par suite à celle de la domus, lorsque seul le mariage *cum manu* était très répandu, provenait du lien qui mettait la femme sous l'autorité du mari. Cette dépendance

s'est muée en association, avec le développement rapide du mariage *sine manu*, mais à l'origine l'épouse menait la vie que lui dictait le mari, en vertu du lien qui la rattachait à lui.

Somme toute, quoique menée sous un triple aspect, la vie que partagent ces trois personnages de la *domus* est identique : c'est celle que leur impose le *paterfamilias*, le chef de la *domus*. Il n'est donc pas surprenant qu'à l'encontre d'aucun d'eux, l'*actio furti* ne puisse être exercée.

Avec Justinien, une transformation s'opère à la fois dans le fondement même de la répression du *furtum* et dans le caractère même de cette procédure.

L'octroi de l'*actio rerum amotarum*, qui, désormais, est décernée aussi bien à l'encontre du mari qu'à l'encontre de la femme, ne repose plus sur le concept de *societas vitae*. Cette notion a évolué ou plus exactement s'est spiritualisée, idéalisée. Elle s'est transformée en celle d'*affectio maritalis*.

D'autre part, l'*actio rerum amotarum* au Bas-Empire, de pénale et *reipersécutoire* qu'elle était à l'époque classique, devient nettement *reipersécutoire*.

Telles sont les grandes lignes de notre étude. Le *furtum* de chacun des trois personnages de la *domus* fera l'objet d'une partie dont le premier chapitre sera consacré à l'examen de l'historique de la répression, le second à celui du mécanisme et le troisième à celui des modalités, s'il y a lieu.

PREMIÈRE PARTIE

Le vol entre époux

CHAPITRE PREMIER

Historique de la répression

SECTION I

Période du très ancien droit

Pour l'étude de cette période qui est la plus obscure, la question primordiale est de connaître si, à l'aube de l'histoire des institutions juridiques romaines, le *furtum* entre époux était connu.

La loi des XII Tables traite du *furtum*, mais d'une façon générale; elle envisage le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum*, et les conséquences pénales qui en découlent. Mais aucun aspect particulier du vol n'est étudié.

Deux autres sources d'origine doctrinale s'occupent à leur tour du délit de vol, mais toutes deux ne se soucient pas davantage d'un *furtum* entre époux (1).

(1) Le premier texte appartient au *De re militari* de Cincius par AULU GELLE, *Noct. Att. libri XXXVI*, 44, et renferme la vieille formule que font prêter les tribuns aux recrues militaires. (Les contingents effectuaient de nombreuses déprédations autour de leur point de rassemblement et les tribuns, dans le but de mettre un terme aux protestations des habitants, exigeaient des nouveaux venus, le ser-

Dans le silence des textes, on pourrait être tenté de clore l'étude de cette période et de conclure à l'absence de réglementation du *furtum* entre époux s'il n'existait un texte de Plutarque (1) tiré de la vie de Romulus, fondateur légendaire et premier roi de Rome, que la tradition fait régner de 753 à 715 avant Jésus-Christ.

Ce passage, étudié par M. Noailles (2) et qui présente une très grande importance, non seulement parce qu'il s'agit d'une prétendue loi de Romulus, mais bien plutôt parce qu'il nous rapporte une tradition qui remonte à une époque reculée, nous donne, en définitive, le témoignage le plus ancien sur les cas de divorce envisagés par les premiers Romains.

Or, le deuxième cas de divorce, qui se place entre celui de l'avortement et celui de l'adultère et que relatent les lignes du texte de Plutarque que nous venons de citer, est très curieux : il s'agit d'une soustraction (3) de clés « κλειδῶν ὑποβολῇ ».

ment de ne pas commettre de vol dans le lieu où se réunissait le contingent.

Le second tiré des *leges legundae et oleae faciundae* (Cato, *De agri cultura*, 4, cf. *Fontes juris romani antiqui* p. Bruns. Gradenwitz, 1909, p. 47 et 51), fait allusion au vol d'huile lors de la cueillette des olives et de la fabrication de l'huile.

(1) PLUTARQUE, *Rom*, 22. Ἐθῆκε δὲ καὶ νόμους τινὰς (ὁ Ρωμύλος), ὧν σφοδρότερός μὲν ἐστὶν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσιν....»; Girard, Textes 6^e édition, 1937, p. 6.

(2) Cf. *Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains*, par M. Pierre NOAILLES (extrait des *Annales sociologiques*, série C., fasc. 2, 1937).

(3) Les philologues, dans leur traduction latine du texte de Plutarque (Cf. Girard, Textes, 6^e édit. 1937, p. 6, note 1) n'ont pas respecté exactement le sens des termes employés par lui. Ils traduisent le

De quelles clés peut-il donc être question ? La femme romaine, nous le savons, possède les clés de la maison, symbole de son autorité dans la domus. Cicéron (1) nous rapporte, en effet, suivant la loi des XII Tables, que Pompée, qui avait épousé une comédienne, lui signifia de reprendre ses effets, lui ôta les clefs de la maison et la chassa.

Il faut alors songer à d'autres clés que, par exception, l'épouse n'avait pas en sa possession.

Les auteurs modernes (2), si comique que semble cette explication, ont effectué un rapprochement entre la défense de détenir certaines clés et l'antique prohibition qui pèse sur la femme romaine de boire du vin (3). Et cette hypothèse est merveilleusement confirmée par un texte de Plin^e l'Ancien (4) dans lequel Fabius Pictor relate l'histoire d'une matrone romaine qui, pour avoir descellé les casiers où se trouvaient les clés de la cave à

mot grec « υποβλλω » par « per falsationem » mais cette traduction n'est pas rigoureusement exacte car les dictionnaires donnent pour « υποβλλειν » le sens de s'emparer, s'approprier ; ainsi que le démontre M. Noailles, cf. article cité ci-dessous.

(1) CICÉRON, *Philipp*, 2, 28 «... Mimam suam suas res sibi habere jussit ex duodecim tabulis claves ademit ; exegit... ».

(2) Cf. *Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains*, par M. Pierre NOAILLES (extrait des Annales sociologiques, série C., fasc. 2., 1937).

(3) VALÉRIE Maxime (*De edictis factisque memoriabilibus*, liv. II, chap. I) relate en effet qu'anciennement l'usage du vin était interdit aux femmes car on craignait qu'elles ne fussent entraînées dans de graves désordres.

(4) PLIN^e l'Ancien (*Hist. Nat.*, XIV, 14, 3) « .. Fabius Pictor, in Annalibus suis, scripsit : Matronam, quod loculos, in quibus erant claves vinariae cellae, resignavisset, a suis inedia mori coactam... ».

vin, fut condamnée à mourir de faim par ses parents.

Le rapprochement entre le texte de Plutarque et l'anecdote de Pline l'Ancien nous autorise à penser qu'il s'agit d'un même délit, c'est-à-dire d'un vol de clés, dont la sanction est d'ordre religieux à n'en pas douter.

En effet, nous sommes aux premiers temps de Rome et le mariage est une véritable institution domestique et religieuse (1). La *confarreatio*, si c'est là le premier et le plus ancien mode d'union, car il correspond aux plus anciennes croyances (2), a un caractère éminemment religieux.

C'est donc en fonction de ce mariage et surtout de sa nature religieuse, que seront sanctionnées les souillures ou les taches que commettront les époux.

(1) Le mariage constitue une importante cérémonie religieuse qui comprend trois phases : tout d'abord la jeune fille quitte le foyer paternel mais comme elle n'est pas attachée à ce foyer de son propre droit, l'autorité du *paterfamilias* l'en détache au moyen d'une *traditio*. En second lieu, voilée et coiffée de la couronne nuptiale, elle est conduite à la maison de l'époux : il la soulève dans ses bras et la porte par dessus le seuil, sans que ses pieds le touchent. Enfin, conduite devant le foyer, là où sont les *Pénates*, où tous les dieux domestiques et les images des ancêtres sont groupés, l'épouse et son mari font un sacrifice, prononcent quelques prières et offrent ensemble un gâteau de fleur de farine ; c'est là la *confarreatio* proprement dite. Cf. Ed. CUQ, *Manuel*, 1928, p. 153 et littérature citée.

Madeleine RAGE BROCARD, *La deductio in domum mariti*, thèse Paris, 1933.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, 1876, p. 45 et s.

GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édit., 1885, p. 113 et s.

WESTRUP, *Quelques observations sur les origines du mariage parusus et du mariage sans manus dans l'ancien droit*, Paris 1926, p. 19.

M. NOAILLES, *op. cit.*, p. 18, présume au contraire que le mariage par *confarreatio* ne doit pas être considéré comme la forme primitive du mariage romain. A l'origine il y aurait eu des rites.

Or, lorsque la femme descelle les casiers dans lesquels se trouvaient les clés de la cave à vin, un tel fait de sa part constitue une violation de la règle qui découlait du mariage et d'après laquelle elle ne pouvait jamais avoir en sa possession de pareilles clés.

Par ce vol, l'épouse qui est toute entière dans la famille (la *confarreatio* n'a pas seulement un caractère religieux mais entraîné la *manus*) (1). et la religion du mari (la femme romaine est associée au culte du mari dont elle vénère les mêmes dieux), brise le lien sacré qui l'attachait au foyer, Il n'est pas alors surprenant que la répudiation, prononcée par le tribunal domestique, vienne sanctionner pareil larcin.

D'ailleurs, ce vol de clés dont se rend coupable l'épouse, constitue-t-il un véritable *furtum* ? Ne faut-il pas, pour qu'il y ait délit de vol, une intention de réaliser un lucre ? « un *animus lucri faciendi* » ? Les textes (2) définissent en effet, à l'époque classique, le *furtum* : une soustraction frauduleuse en vue de réaliser un gain. Devons-nous exiger pareille condition à l'époque de l'ancien droit ?

Nous ne le pensons pas. D'une part, Plinie

(1) En effet, la *confarreatio* était le seul mode d'acquisition de la *manus* au cours duquel se forme le mariage tandis qu'en cas d'*usus* et de *coemptio*, les cérémonies du mariage sont indépendantes des formes d'acquisition de la *manus*. Cf. R. MONNIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 1935, p. 339 et notes.

(2) PAUL (D. 47. II. 1. § 2) « *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve quod lege naturali prohibitum est admittre* ».

l'Ancien (1), dans son Histoire Naturelle, nous révèle l'existence d'un délit consistant à moissonner nuitamment le champ d'autrui et à y faire paître le bétail, or, aux termes de la loi des XII Tables, ce délit, que la majorité des auteurs (2) range parmi les furta, ne doit pas comporter l'intention de réaliser un *lucrum*.

En effet, l'*animus furandi* ne nécessite pas obligatoirement l'*animus lucri faciendi*, surtout à l'époque ancienne où l'idée de vengeance privée est à l'honneur. On ne vole pas expressément, pensons-nous, pour réaliser un gain, mais dans un but de vengeance, de nuire à autrui. Ce n'est que postérieurement, doit-on décider, que l'*animus furandi* entraînera l'*animus lucri faciendi*.

D'autre part, même à l'époque classique, ainsi que le signale judicieusement M. Huvelin (3). l'*animus lucri faciendi* n'est pas une règle générale et la définition du *furtum* ne doit pas nous faire illusion. En effet, sous la République et au début de l'Empire, nombreux sont les cas où les jurisconsultes traitent comme furta des contrectationes réalisées avec une intention autre que celle de faire un gain. Ce sera par exemple le désir de satisfaire une passion ou un caprice, de causer un

(1) PLINÉ l'Ancien, H. N. XVIII, 3. 12 «... frugem quidem aratio quaesitam furtium noctu... ».

(2) MOMMSEN (*R. strafrecht*, p. 772, 773. *Droit pénal romain*, trad. Duquesne, II, p. 80, 81.

KARLOVA (*Rechtsgesichte*, II, p. 797).

FERRINI (*Diritto penale romano*, Milan, 1899, p. 83.

(3) HUVELIN, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1918, p. 73 et s.

préjudice indépendamment de toute idée lucrative (1).

Paul nous relate ainsi l'anecdote suivante (2) : Un muletier conduisait ses mules, mais un malhonnête homme vint à passer et sous un prétexte quelconque lui chercha chicane et le traîna devant le prêteur. Les mules furent alors privées de leur gardien et se perdirent. Or, bien que le passant n'ait eu aucun animus lucri faciendi, les veteres accordaient néanmoins l'actio furti au muletier (3).

Donc, si l'animus lucri faciendi n'était pas à l'époque classique une condition nécessaire à la perpétration d'un vol ou d'une soustraction, nous devons admettre a fortiori que cette règle n'existait pas à l'époque du très ancien droit. Elle s'est ébauchée et étendue à l'époque classique et c'est seulement dans le droit de Justinien qu'elle s'est complètement généralisée.

Cette déduction nous permet de penser qu'à l'époque du très ancien droit, le vol de clés que nous avons rencontré constitue bien un furtum, mais d'un caractère particulier. Ce délit enfreint la règle religieuse qui découlait non seulement des cérémonies qui accompagnaient le mariage par

(1) POMPONIUS (D. 47, II, 37) « Si pavonem meum mansuetum, eumde domo mea effugisset, persecutus sis, quod is perit, agere tecum furti ita potero... » ce qui revient à dire : pourra être tenu de vol celui qui a poursuivi un paon apprivoisé et l'a ainsi fait périr alors même qu'il n'avait aucune intention de réaliser un gain.

(2) PAUL (D. 47, II, 67, § 2) « Eum qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt ».

(3) Cf. PERNICE, A. Marcus Anst. Labeo. *Das römischen Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1892, t. 2, 1², p. 156, 157.

confarreatio, mais encore par usus ou coemptio, lorsque ces modes d'union ont été postérieurement utilisés.

Mais les tabous étudiés par M. Noailles (1) et plus spécialement la soustraction par l'épouse des clés de la cave, n'ont pas disparu du jour au lendemain. Ils se sont laïcisés et ont donné naissance à des usages qui sont à l'origine de la restitution de dot et de l'actio rerum amotarum. Ces actions, à l'époque classique, sanctionneront le furtum commis par l'uxor au préjudice du mari.

Toutefois, avant d'atteindre cette étape, il existe une période transitoire. Nous l'appellerons époque du droit ancien et la situerons entre 400 et 200 avant Jésus-Christ. Ce sera là l'objet d'une seconde section.

SECTION II

Période de l'ancien droit

Rencontre-t-on des cas de furtum entre époux ? Quel est le fondement de sa répression ? Telles sont les deux questions que nous devons à nouveau nous poser.

Pour cette seconde période du droit romain, les textes d'origine législative, doctrinale ou littéraire sont toujours muets.

D'ailleurs, le vol par la femme des clés qu'elle n'avait pas en sa possession n'existe probablement

(1) Cf. *op. cit.*

plus, car l'antique prohibition pour l'épouse de boire du vin a disparu peu à peu. Il est donc possible de supposer que la notion de *furtum* entre époux est encore inconnue des Romains. (L'époque du très ancien droit l'avait aussi ignorée, car, nous l'avons vu, le vol de clés était un délit très spécial et ne constituait pas à proprement parler un *furtum* entre époux.)

En outre, croire dès maintenant à l'existence d'un pareil délit, semble être une hypothèse bien audacieuse. Des raisons d'ordre théorique et pratique militent, en effet, en faveur de l'inexistence d'un *furtum* possible entre époux.

Théoriquement : plus on remonte dans le passé, plus on voit se confondre les idées du mariage et de la *manus*. En effet, si au cas d'*usus* et de *coemptio*, les cérémonies du mariage sont indépendantes des formes d'acquisition de la *manus*, la *confarreatio* par contre est toujours un mode d'acquisition de la *manus* au cours duquel se formera le mariage. Par la *manus*, le mari a une autorité sur sa femme et cette puissance présente des analogies avec celle que le *paterfamilias* possède sur les personnes in *patria potestate*, in *dominica potestate* ou in *mancipio*.

La famille romaine est une communauté, une société patriarcale que le *paterfamilias* dirige comme le roi dirige sa cité. La loi concentre d'ailleurs entre ses mains la direction et le commandement de la *domus*. Au sein de celle-ci, le fils de famille n'a pas de culte distinct, mais participe aux sacra du *paterfamilias* qui lui deviennent propres au

jour de la mort de ce dernier. Le *filiusfamilias* n'est pas à la tête d'un patrimoine, mais on le tient pour copropriétaire du patrimoine, et lorsqu'il succède à son père, il ne recueille pas un droit nouveau, mais il prend plutôt l'exercice d'un droit qui lui appartenait déjà.

Or, la situation de l'épouse présente une très intéressante analogie avec celle du *filiusfamilias*. La femme mariée *cum manu*, passe sous la puissance entière du mari et une communauté de culte et de biens en résulte. Cette idée de communauté n'est d'ailleurs pas incompatible avec celle d'une autorité du mari sur l'épouse, en vertu de la *manus*. En effet, la *patria potestas* confère au *paterfamilias* puissance et autorité sur ses enfants; néanmoins, le fils est associé au culte du père et il est copropriétaire du patrimoine familial.

Il n'est donc pas illogique d'admettre une solution identique pour l'épouse *in manu*, que les textes désigneront expressément, à l'époque classique, sous le nom de *loco filiae*, c'est-à-dire semblable à la fille du mari. Aussi, de même que le *filiusfamilias*, l'épouse participera aux *sacra* du mari et sera tenue pour copropriétaire du patrimoine marital.

Le droit successoral, formulé dans la loi des XII Tables, ne dit-il pas ? « Si *intestatus moritur*, cui *suus heres nec escit*, *adgnatus proximus familiam habeto*. Si *adgnatus nec escit*, *gentiles familiam habento* » (1), c'est-à-dire : pour la loi des

(1) *Loi des XII Tables, Tabula IV, 3 ; Girard Textes, 6^e édit., 1937, p. 14.*

XII Tables, il existe trois ordres d'héritiers : les sui heredes, les agnats, les gentiles. (Or, il faut entendre par sui heredes tous ceux qui sont devenus sui juris par le décès du de cuius, c'est-à-dire les fils nés du mariage ou adoptifs, les filles et, par voie de conséquence, la femme in manu qui est loco filiae. Comme heres sua, l'épouse in manu sera seule héritière si le mari meurt sans enfants.)

La conclusion est facile à tirer : cette idée de communauté, de participation de l'épouse à la vie que dictait le paterfamilias, jointe à celle d'une copropriété sur les biens qui formaient le patrimoine, écartait l'admission d'un furtum possible entre paterfamilias et materfamilias. Cette notion de communauté de cultes et de biens semble d'ailleurs trouver une confirmation étymologique dans les termes : *paterfamilias*, *materfamilias*, dont la consonnance est identique.

Et puis, l'esprit juridique, à cette période du droit romain, n'a pas encore la subtilité qu'il acquerra à l'époque classique, pour admettre qu'il pouvait exister un délit de vol entre conjoints, mais qu'alors une répression particulière s'imposait en vertu de l'association que formaient les époux.

Enfin (et c'est là l'objection d'ordre pratique), le mari pouvait certes répudier sa femme dans les cas prévus par la loi, mais cette sanction ne pouvait être prononcée sans l'assistance du tribunal domestique, composé des plus proches parents et dont le but était ainsi, d'une part, d'écarter la partialité du chef de famille, d'autre part, d'assurer à la femme des moyens d'existence.

Or, puisqu'il était attribué à l'épouse répudiée une sorte de peculium ou, si nous pouvons ainsi nous exprimer, de viaticum (1), point n'était besoin pour elle de soustraire des objets qui appartenaient au mari. En outre, répudiée, l'épouse n'avait plus la qualité de materfamilias et la manus cessait; en conséquence, si à ce moment elle commettait un furtum au préjudice du paterfamilias, il n'y avait pas vol entre époux, mais entre anciens époux. L'actio furti pouvait alors être intentée comme au cas de furtum perpétré par un tiers au détriment d'un autre, c'est-à-dire le droit commun trouvait application.

Cette période de l'ancien droit romain a ignoré à peu près sûrement le furtum entre époux (2).

(1) Ce mot désignait en général les frais de route, de voyage ou la somme donnée pour y suffire aux envoyés officiels du peuple romain. Cf. *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, « viaticum », par DAREMBERG et SAGLIO.

Mais par analogie, nous pouvons très bien l'appliquer au pécule que recevait la femme car le terme viaticum traduit mieux que le mot peculium le caractère de provision pécuniaire destinée à parer au plus urgent.

(2) La loi de Gortyne, contemporaine ou peut être postérieure à celle des XII Tables à Rome, nous signale par contre l'existence en droit grec d'un vol de la femme au détriment du mari :

Αί δέ τι ἄλλ.

ο πέροι τῷ ἀνδρός, πέντε στ.
κτήρας καταστασεί κ' ὅ τί
κα πέρηι αὐτον, κ' ὅ τί κα παρ.
έληι ἀποδότω αὐτόν ὃν δέ κ'
έκσπννήσεται, δικάσσαι τ.
ἀν γυναῖκ' ἀπομόσαι τάν "Αρ.
τεμιν πάρ "Αμυκλίων πάρ τάν
Τοκσίαν..... etc.

Ce qui revient à dire que si la femme emportait quelque autre chose (la femme à son divorce reprenait les biens qu'elle avait

mais son étude présente un intérêt, car, à l'époque classique, pour appliquer une action spéciale : l'actio rerum amotarum, au furtum commis entre époux, on fera appel à l'idée d'une societas vitae, d'un consortium.

Or, ce nouveau concept a été greffé sur l'ancienne idée de communauté cultuelle et de biens, mais, ce qui primitivement, à l'époque de l'ancien droit, était la cause même de l'impossibilité d'un furtum entre époux, devient par la suite, à l'époque classique, la base même d'un système spécial de répression. Et nous arrivons à l'étude d'une troisième période : la période classique.

SECTION III

Période classique

La notion d'un furtum entre époux doit appartenir à cette époque. En effet, nous l'avons écrit, l'épouse répudiée ne pouvait être chassée sans

apportés à son époux, plus la moitié des fruits et la moitié des choses qu'elle a tissées ; cf. *Premier code de Gortyne*, III, § 14), elle payait cinq statères et restituait en nature ce qu'elle avait emporté ou soustrait. Si elle niait à l'égard de certains objets, le juge lui enjoignait de se justifier en jurant par Artémis, devant l'Amyclaeon, devant la statue qui porte l'arc.

Cf. *Premier Code de Gortyne*, III, § 15 (*Recueil des Inscriptions juridiques grecques*, texte traduction et commentaire) par R. DARESTE, HAUSSOULIER et REINACH, fasc. III, Paris 1894, p. 361 et 362.

L. BEAUCHÉ, cf. *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris, 1897, I, p. 327, pense que la loi athénienne, à l'inverse de celle de Gortyne, n'aurait pas édicté de mesures spéciales pour prévenir des vols de la femme, en prévision d'un divorce imminent ou de la mort du mari.

l'assistance du tribunal domestique; en outre, une très vieille loi attribuée à Romulus lui permettait d'obtenir une part des biens du mari.

Mais, avec l'abandon des règles de la religion et l'affaiblissement des préceptes moraux, s'est amoindrie l'autorité du tribunal domestique; désormais la répudiation pouvait être prononcée pour une cause frivole et le mari ne se souciait pas de laisser sa femme dénuée de ressources. Il l'invitait seulement à reprendre ses effets personnels. Un blâme des censeurs pouvait évidemment intervenir, mais ces magistrats n'exerçaient leurs fonctions que pendant dix-huit mois, tous les cinq ans depuis la loi *Æmilia* (1), et, dans l'intervalle, l'épouse répudiée pouvait souffrir de la décision que le mari avait prise à son égard.

De là, pour éviter pareil sort, à détourner avant la répudiation des objets appartenant au mari, il n'y avait qu'un pas. Mais la solution qui intervient, au cas de soustraction : la *retentio propter res amotas*, consiste moins dans une mesure de répression que dans un arrangement pris dans l'intérêt de l'un et l'autre époux. Et c'est vraisemblablement une des raisons qui expliquent que le vol de l'épouse n'est pas considéré comme un *furtum* ordinaire. La chose volée est appelée : *res amota*. La *retentio propter res amotas* constituait somme toute une transaction; en effet, d'une part, le mari obtenait par son exercice, une satisfaction et une réparation

(1) Edictée en 434 avant Jésus Christ, sur la proposition du dictateur *Æmilius Mamercus*.

à peu près sûres; d'autre part, l'épouse n'était pas ainsi assimilée à un voleur ordinaire.

La *retentio propter res amotas* pouvait être exercée lors de la répudiation. En effet, à ce moment avait lieu l'exercice de l'*arbitrium rei uxoriae* (1): l'usage avait confié à un arbitre le soin de tracer au mari les devoirs qu'il avait à remplir envers la femme répudiée et à en déterminer l'étendue. Mais si, avant la répudiation et en prévision de celle-ci, la femme avait détourné des objets appartenant au mari, que décider ? Dans ce cas, de deux choses : ou la femme consent à aller devant l'arbitre et celui-ci autorisait le mari à retenir sur la somme qu'il devait payer à la femme la valeur des objets détournés, c'est la *retentio propter res amotas*; ou bien la femme refuse et le mari, n'ayant plus le *manus*, ne possède aucun moyen de vaincre la résistance de cette dernière. Le préteur, dit-on généralement (2), est alors intervenu et a créé l'*actio rerum amotarum*, action spéciale mise à la disposition du mari à l'encontre de la femme voleuse.

Mais l'intervention du préteur est-elle intervenue immédiatement ? Nous ne le pensons pas. En effet, il était possible, non seulement que l'épouse ne consente pas à se rendre devant l'arbitre, mais encore, il pouvait arriver que postérieurement à l'exercice de l'*arbitrium rei uxoriae*, le mari découvre un vol de son ex-épouse à son préjudice. Or, pareil délit commis en prévision de la répudia-

(1) CICÉRON, *De off.*, III, 15.

(2) Cf. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1928, p. 184.

tion devait être sanctionné. Comment ? En présence des termes employés par les jurisconsultes, « *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam...* » (1) et qui désignent l'actio rerum amotarum, nous pouvons penser, qu'antérieurement, il existait un iudicium generale. Quel était-il ?

Il y a tout lieu de songer à la legis actio per conditionem créée vers 150 à 200 av. J.-C. (2). En effet, Gaius (3) affirme que cette action était accordée dans le cas où auparavant, on agissait par le sacramentum. Or, le même jurisconsulte déclare que la legis actio per sacramentum, que l'on utilisait soit pour exercer son activité contre une personne, soit pour affirmer sa puissance sur une chose (sacramentum in rem), était generalis (4).

Donc, avant que ne soit créée par le préteur une action spéciale, nous pouvons admettre qu'il était exercé à l'encontre de l'épouse une actio generalis, une condictio rerum amotarum. Mais, de même qu'à l'arbitrium rei uxoriae s'est substituée une procédure bien définie : l'actio rei uxoriae, de même la condictio, actio generalis, a dû céder la place à une action spéciale, « iudicium singulare » : l'actio rerum amotarum.

(1) PAUL (D. 25. II, 1) « *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse...* ».

(2) Cf. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 1935, p. 172 et littérature citée.

(3) GAIUS, Inst. IV, 19. « *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re...* ».

(4) GAIUS, Inst. IV, 13. « *Sacramenti actio generalis erat...* ».

La notion de *furtum* entre époux est apparue à l'occasion de la situation qui était faite à l'épouse répudiée, mais elle s'amplifie avec le développement du mariage *sine manu* et du divorce, qui le dissout très facilement. Et la tentation que la femme éprouvait au moment de la répudiation, a dû se reproduire lorsqu'elle était sur le point de divorcer.

Le but que poursuivait la femme, en se livrant à un vol, à l'égard du mari, n'était peut-être plus uniquement le souci d'éviter le dénuement. Le luxe était entré à Rome et les femmes romaines faisaient usage de la pourpre et de l'or; aussi, le dessein d'améliorer son sort et de se parer des vêtements et des bijoux que sa frivolité lui faisait convoiter, tel devait être souvent le mobile du *furtum* commis par l'épouse. Ceci, les textes ne nous le disent pas; néanmoins, jurisconsultes et auteurs littéraires reconnaissent l'existence d'un *furtum* entre époux.

Par suite du caractère anecdotique que présentent les sources littéraires, nous les étudierons en premier lieu, puis nous passerons ensuite à l'examen, plus austère, en apparence d'ailleurs, des opinions des jurisconsultes classiques.

Plaute, le premier, nous entretient d'un *furtum* entre conjoints, mais il s'agit chaque fois d'un vol commis par le mari (1).

(1) PLAUTE, *Asinaire*, acte I, scène 1, v. 80 et s.

Lib. «...

Tene ego defrudem, cui ipsi nihil est in manu?

Nisi quid tu porro uxorem defrudaveris.

(Le vieillard Démonète veut seconder les amours de son fils en lui

Dans une autre de ses comédies, l'*Amphitryon*, il fait tenir à ses personnages un langage qui, de prime abord, semble concerner un *furtum* entre époux (1). Mais, nous pensons que tel n'est pas le sens qu'il faut donner aux paroles « *Valeas, tibi, habeas res tuas, reddas meas* ».

Tout d'abord, qui dit reprise, restitution, ne sous-entend pas nécessairement *furtum*. D'autre part, lors de la répudiation, l'usage avait établi la prononciation de certaines formules qui paraissent avoir été déjà consacrées par la loi des XII Tables, mais qui n'avaient rien de nécessaire. Les formules ordinaires de la répudiation étaient : *Tuas res tibi habeto* ou *tuas res tibi agito*, et la femme ajoutait probablement : *redde meas*, et cette formule, que

fournissant de l'argent, dans ce but il demande à son esclave de lui procurer au plus tôt vingt mines d'argent).

...Que je vous dérobe, répond l'esclave, vous qui n'avez rien, à moins que vous n'ayez détourné par fraude (*defraudaveris*) quelque chose à votre femme.

Or, ce terme doit être entendu dans le sens de voler. *Defraudaveris* tire en effet son origine de *defraudo* qui signifie enlever, dérober à la suite d'une tromperie.

Ailleurs PLAUTE, dans les *Minechmes*, acte I, scène II, v. 21, fait tenir à Minechme le langage suivant «... *Hanc modo uxori intusfallam subripui, ad scortum fero* », ce qui signifie : j'ai dérobé cette mante à ma femme et je la porte à ma maîtresse. Ici plus que précédemment dans l'*Asinaire*, le *furtum* ne fait aucun doute ; « *subripui* » (*subripere*) implique un vol.

(1) PLAUTE, *L'Amphitryon*, acte III, scène II, v. 47. Alcémène dit à Jupiter qu'elle croit être son mari : *Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas*, c'est-à-dire : adieu, reprenez vos biens et rendez-moi ce qui m'appartient.

nous rapporte, en partie, Paul (1), existait déjà du temps de la République (2).

Cicéron (3), par contre, cite une épouse voleuse: Oppia. Femme de Mindius, elle a détourné presque toute la succession de celui-ci, et Cicéron, dans la lettre qu'il adresse à Servius Sulpicius, demande à ce dernier de trouver quelque biais pour faire venir à Rome Oppia, car « mon opinion, ajoute-t-il, est qu'une fois à Rome, on s'arrangerait ».

Peut-on voir dans ce passage une allusion très nette au détournement qu'un époux pouvait commettre à l'égard de l'autre ? Nous le pensons, car si le vol de la femme se traduit généralement par « amovere », d'autres verbes tels que subripere, rape, avertere, peuvent aussi qualifier son délit. Mais, objectera-t-on, cette soustraction n'a pas lieu, divortii causa, et ne doit pas constituer un furtum entre époux. Cependant, si le détournement de la femme commis divortii causa permet l'exercice de l'actio rerum amotarum, celui opéré pendant le mariage, mais non en vue du divorce, n'en constitue pas moins (ainsi que nous le verrons dans le second chapitre), un vol entre conjoints, mais soumis seulement à la sanction du iudicium domesticum du mari.

Or, la soustraction par la femme d'une portion

(1) PAUL (D. 24 II. 2, § 1) «... In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba : tuas res tibi habeto, item haec : tuas res tibi agito. ».

(2) Cf. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, p. 176 et notes.

(3) CICÉRON, à Servius, F. XIII, 28, 1^{re} partie « .. deinde quum fere consistat, hereditas in iis rebus, quas avertit Oppia, quae uxor Mindii fuit... ».

de l'hérédité et que l'on qualifiera bientôt de « *crimen expilatae hereditatis* » (1), peut, théoriquement, être assimilée à un *furtum* perpétré pendant le mariage, mais non en vue du divorce. En effet, jusqu'au moment où les héritiers n'ont pas pris possession, la femme n'est pas étrangère à ces biens. Ils se rattachent à tous ceux sur lesquels la femme avait un quasi-dominium, en vertu de sa participation à la *societas vitæ* qu'elle formait avec le mari. Aussi, en les soustrayant, elle se trouve dans la même situation que si elle les avait détournés du vivant de son mari. Elle n'a pas volé un étranger, mais son mari.

Les auteurs littéraires ne sont pas seuls à nous entretenir de la possibilité d'un *furtum* entre époux; les jurisconsultes de l'époque classique connaissent aussi ce délit. Nous n'énumérerons pas les textes qui au *digeste* (et en particulier au livre 25) traitent du vol entre époux; nous rechercherons, à leur lumière, quel était le fondement de la répression du *furtum* entre époux. Dans notre introduction, nous nous sommes, en effet, fixé pour but, dans cette première partie, de rechercher non seulement si le *furtum* entre époux existait, mais encore quels principes commandaient sa répression.

On a prétendu généralement que le respect mutuel, la *reverentia* réciproque que se devaient les conjoints, étaient à l'origine de l'exclusion de l'*actio furti* entre époux et que le nom même

(1) MARCIEN (D. 47, XVIII, 1) « Si quis alienam hereditatem expilaverit extra ordinem solet coerceri per accusationem expilatae hereditatis, sicut et oratione divi Marci cavetur ».

d'actio rerum amotarum était un euphémisme, merveilleusement employé pour masquer le fait honteux du détournement. (1).

Tout d'abord, nous pouvons immédiatement rétorquer que l'emploi du terme « amovere » n'implique pas nécessairement l'idée de voiler le fait matériel de la soustraction commise par la femme au préjudice du mari. Dans le langage juridique, ainsi que nous l'écrivions il y a quelques instants, amovere est synonyme de furari. Il est très fréquemment usité et ce n'est pas par motifs d'égards que l'on devrait au voleur.

Ainsi lorsqu'il s'agit du détournement de choses héréditaires, les textes emploient presque toujours le terme amovere (2), or, la soustraction peut ne pas être le fait de l'époux, mais celui d'un étranger.

D'autre part, primitivement, le vol est constitué par la soustraction d'une chose mobilière à la possession d'autrui (postérieurement, la contrectatio rei, c'est-à-dire le maniement ou l'attouchement du voleur portant sur la chose volée suffira) et,

(1) GLÜCK, *Commentario alle Pandette* XXV, p. 93 et s., traduction italienne, G. Baviera.

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 1901, t. 2, p. 1180 et s.

MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 760 et s.

FERRINI, *Esposizione del diritto penale romano*, p. 223 et s., nell'*Enciclopedia del Pessina*.

(2) GAIUS (D. 15. I. 27) « ...Constat heredem domini id quoque deducere debere, quod servus, cuius nomine cum eo de peculio ageretur ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amovisset, consumpsisset... ».

ULPIEN (D. 47. II. 27) « ...Qui tabulas vel cautiones amovet furti tenetur, non tamen pretii ipsarum tabularum... ».

pour dérober cette chose, il faut l'emporter avec soi, l'amovere.

Aussi, il semble téméraire d'affirmer que la désignation d'actio rerum amotarum ait uniquement servi à cacher le caractère honteux du vol que commettait l'épouse.

Elle décrit, au contraire, parfaitement l'acte accompli par la femme: que fait, en effet, l'épouse qui, en vue du divorce, soustrait des objets qui appartiennent au mari ? Elle les dérobe dans l'intention d'abandonner la maison conjugale, c'est-à-dire les emporte avec soi. D'où l'idée de transport, de mouvement « amovere ».

L'infraction se réalise pour ainsi dire dans ce fait matériel et on imagine facilement la scène suivante: l'épouse romaine a guetté le départ du mari, elle court en hâte chercher les objets (argent, bijoux) qu'elle avait auparavant cachés ou non, en fait précipitamment un paquet qu'elle porte elle-même ou dont elle charge l'esclave qui l'accompagne dans sa fuite du domicile conjugal.

Le terme amovere est un succédané du terme furari et il implique, d'une manière non moins évidente, l'idée de dépouillement.

L'épouse soustrait « amovet », c'est-à-dire se rend coupable d'un vol ainsi que tout autre délinquant, mais son furtum se différencie du délit de vol ordinaire en ce sens qu'il doit être commis « divortii tempore », c'est-à-dire dans le temps, au moment du divorce. Pourquoi ?

Parce qu'Ofilius (1) (qui fut consul en 39 avant

(1) PAUL (D. 25. II. 3, § 3) « Item verum est quod ofilius ait etiam

Jésus-Christ) nous dit que sont considérées comme choses détournées par la femme tout ce qu'elle aura mangé, ou vendu, donné ou dissipé au moment même de la dissolution du mariage.

Postérieurement, par contre, sous le règne d'Alexandre Sévère, Marcianus tient le langage suivant: « L'action des choses détournées a lieu dans le cas où le conjoint a détourné des effets appartenant à l'autre, dans le dessein de faire le divorce » (1).

Au début de l'époque classique, la soustraction doit donc avoir lieu à l'instant même de la dissolution du mariage « *divortii tempore* », c'est-à-dire lorsque l'épouse quitte la maison conjugale.

En effet, au début de l'époque classique, on conçoit très bien que ce soit seulement, à ce moment, que l'épouse mariée *cum manu*, puisse « *amovere* » une res appartenant au mari. Durant le mariage elle ne peut pas voler. Pourquoi ? Parce que pratiquement, elle ne peut rien posséder et que tout appartient au mari.

Au contraire, postérieurement et lorsque le mariage *sine manu* l'emporte, l'épouse est indépendante et conserve ses biens propres. Dès lors, durant le mariage, on saisit très bien qu'elle puisse être tentée de voler, dans le dessein de divorcer ensuite. Telle est la raison des nouveaux termes employés par Marcien (2) « *divortii consilio* » et

eas res, quas divortii tempore mulier comederit vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit... ».

(1) MARCIEN (D. 25 II, 25) « *Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint... ».*

(2) MARCIEN (D. 25, II, 25), texte déjà cité.

la clef de l'évolution qui s'est ainsi produite. Pour être « amota », la res doit être désormais soustraite en vue du divorce.

Furari, amovere, subripere, peu important les termes employés, tous stigmatisent l'acte délicieux commis par la femme. Et de l'emploi très fréquent du mot « amovere », on ne doit inférer qu'on a ainsi voulu cacher le geste de l'épouse coupable.

En troisième lieu, l'idée de fermer les yeux sur la faute de la femme n'appartient pas aux classiques (nous verrons dans la prochaine section de ce chapitre que cette notion est due à Justinien).

En effet, Proculus, Sabinus (ainsi que nous le rapporte Paul) (1), Julien (2), Tryphoninus (3), Paul (4) et Ulpien (5) répètent que, malgré l'exclusion de l'actio furti, la femme commet cependant un véritable vol et acquiert « dolo » la possession de la res amota, c'est-à-dire commet en définitive un délit.

Quel est donc le fondement de la règle qui interdit au mari, victime de vols commis par sa femme, d'intenter l'actio furti ?

(1) PAUL (D. 25, II, 1). « aliis ut Sabino et Procuro, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat. ».

(2) JULIEN (D. 25, II, 22). « Si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem ? movet me, qui a dolo adquisiit possessionem respondi... ».

(3) TRYPHONINUS (D. 25, II, 29). « Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet : nam veritate furtum fit... ».

(4) PAUL (D. 25, II, 21). « ...Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut... ».

(5) ULPIEN (D. 25, II, 24). « Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit. ».

Le pourquoi de l'octroi au mari de l'actio rerum amotarum et non de l'actio furti figure dans les textes mêmes.

L'épouse voleuse, disent au Digeste Nerva et Cassius (1) ne peut voler son mari, car elle est en quelque sorte copropriétaire des biens des époux « ...quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret ». Cette explication se comprend parfaitement, car elle tire son origine d'une évolution jurisprudentielle. Pour l'époque ancienne, nous avons en effet écrit que la mater familias partageait avec le mari culte et biens et que c'était cette association qui rendait inadmissible l'idée d'un furtum entre époux. Mais, à l'époque classique, la jurisprudence fait preuve d'une grande subtilité juridique et ce qui, primitivement constituait une impossibilité de poursuite se transforme, devient la cause d'un système de répression particulière.

D'autres jurisconsultes (2), Sabinus, Proculus et Julien comparent l'épouse à une filia familias; elle peut bien, disent-ils, voler son conjoint comme la fille de famille peut voler son père, mais l'actio furti ne naît point contre elle. Cette opinion est-elle autre que celle professée par Nerva et Cassius ? Nous ne le pensons pas. En effet, en apparence différents, ces deux avis reposent sur la no-

(1) PAUL (D, 25, II, 1) « Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cumea furti agere posse : quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret ».

(2) PAUL (D, 25, II, 1) « ...aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure, in qua sententia et Julianus rectissime est ».

tion de copropriété. Nerva et Cassius envisagent la copropriété de l'épouse même, Sabinus Proculus et Julien celle de la femme comparée à celle de la filia familias, or nous l'avons écrit, la femme in manu est pour son mari, filiae loco. Les seconds, somme toute, ne font que commenter, en l'affirmant, l'opinion de Nerva et de Cassius.

C'est donc à l'époque classique un *consortium* (1), une *societas vitae* (2) qui commande le rejet de l'actio furti.

Ce concept est d'ailleurs admis non seulement par les jurisconsultes, mais aussi par les auteurs littéraires.

Denys d'Halicarnasse(3), historien grec et contemporain d'Auguste, nous parle dans ses « Antiquités Romaines » de l'épouse « socia » du mari.

Horace (4) nous dit dans ses épîtres que la filia-familias est socia de ses parents mais, puisque l'épouse est filiae loco du paterfamilias, nous ne devons pas hésiter à admettre que l'auteur de l'Art poétique se réservait le droit de penser pareillement à l'égard de l'épouse.

Columelle (5), de son côté, nous entretient dans

(1) MODESTIN (D. 23. II. 1) « Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et *consortium* omnis vitae, divini et humani juris communicatio ».

(2) Cf. HITZIG, Pauly Wissowa, *Real Encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft*, Stuttgart-Metzler, 1911 : v° furtum, colonne 402.

(3) DENYS D'HALICARNASSE, II, 25 : « Κοινωνία ἀπὸν τῶν χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. »

(4) HORACE, *Ep.* II, 1, 139

(5) COLUMELLE, *de Re agr.* XII, *praej.* « ...maritale coniugium sic comparatum est natura, est non solum jucundissima verum etiam utilissima vitae societatis iniretur ».

le même sens au sujet de la femme de la campagne.

Enfin, l'affirmation d'une *societas vitæ* est encore nettement faite dans les déclarations du Pseudo Quintilien (1).

Faisant suite à l'antique notion d'association religieuse et à celle plus récente d'unité de culte et de biens à la fois (époque pré-classique) l'idée d'un *consortium vitæ* se trouve en outre renforcée sous l'influence de la civilisation et des idées grecques (2) que Cicéron, un des premiers, introduit dans l'empire romain.

Cette idée de *societas vitæ* ne doit d'ailleurs pas nous conduire à penser que les biens des époux

(1) Pseudo QUINTILIEN, *decl.* 217 « ...uxor est quæ in societatem venit... ». — *Décl.* 257 « ...comes labororum, sollicitudinum, curarum... ».

(2) M. Arnold EHRHARDT, (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für rechtsgeschichte*, 1937, p. 358 et s.) semble admettre que les idées des philosophes et auteurs grecs ont non pas renforcé la notion de *consortium vitæ* à Rome, mais lui ont bien plutôt donné naissance et il cite à l'appui de ses allégations Platon « ...ἡ τῶν γάμων σύμμιξις καὶ κοινωνία... », Aristote « ...ἐπὶ τέχνων γενέσκει καὶ βίον κοινωνία... » Isocrate « ...ἑταίρους λαβόντες καὶ κοινωνίαν ποιησάμενοι παντὸς τοῦ βίου... ». Ces trois auteurs tombent d'accord pour dénommer le mariage « *κοινωνία* » c'est-à-dire association, participation, possession en commun. Nous ne partageons pas cet avis, le droit romain n'a certainement pas puisé dans le droit grec la notion de *consortium*, de *societas vitæ*. Cette idée à Rome, a des racines juridiques qu'elle puise dans le droit antérieur, c'est un concept juridique alors qu'en Grèce, il est philosophique.

Les romanistes italiens admettent d'ailleurs le même concept mais sans en rechercher les racines dans le droit ou la philosophie grecque.

H. COSTA (*Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 402 et s.) indique que le mot *subripere* est employé assez fréquemment pour exprimer les soustractions entre époux et il ajoute : entre conjoints, un *furtum* était impossible conformément au con-

étaient entièrement confondus, mais elle nous permet d'inférer que la femme avait le droit de se comporter jusqu'à un certain point comme copropriétaire des biens du mari « quodammodo domina », dirons-nous.

Au surplus, cette idée de copropriété se retrouve ailleurs: en effet, dans l'application du senatus-consulte Silanien, les esclaves de l'un des époux sont réputés appartenir à tous deux (1). On comprend ainsi que Plutarque (2) puisse faire tenir à l'épouse romaine le langage suivant: « Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia », lorsqu'elle met le pied dans

cept traditionnel du mariage cum manu (dans lequel pour l'unité des biens patrimoniaux, une telle poursuite ne s'accordait pas avec la nature même des choses), concept, poursuit-il, qui s'est fixé depuis dans le mariage libre.

M. ZANZUCCHI (*Il divieto delle azioni famose et la reverentia tra coniugi in diritto romano*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. XLII, fasc. I, 1906) rejette une idée de révérence mutuelle entre époux et adopte la thèse d'un consortium vitae.

M. BONFANTE (*Corso di diritto romano, diritto di famiglia*, I, p. 208, 210) affirme de son côté qu'il existe entre conjoints une societas vitae.

(1) ULPPIEN (D. 29. V. 1, § 15) « Si vir aut uxor occisi esse proponatur, de servis eorum quaestio habetur: quanquam neque viri servi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri: sed qui a commixta familia est et una domus est ita .. ».

(2) PLUTARQUE, *Quaest. Rom.* 30.

Διὰ τὴν γύμνην εἰνάγοντες λέγειν κέλευουσιν: Ὅπου σὺ Γάιος, ἐγὼ Γαία. πότερον, ὥσπερ ἐπὶ ῥητοῖς εὐθὺς εἰσεῖσι τῷ κοινωνεῖν ἅπαντες καὶ σύναρχεῖν, καὶ τὸ μὲν δηλούμενον ἐστίν. Ὅπου σὺ κύριος καὶ οἱ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα.

Ainsi nous dit Plutarque, lorsque la femme se présentait au domicile, elle prononçait certaines paroles traditionnelles « ὅπου σὺ Γάιος ἐγὼ Γαία ». En latin la formule a donné Ubi tu Gaius ego Gaia ou ou quando tu Gaius, ego Gaia.

M. WOŁOWSKI (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. 43, p. 339, voir dans le prononcé de cette formule un symbole d'égalité et MOMMSEN (*Rom. Forsch.* I, p. 11 et s.) ajoute que la femme aurait

l'atrium. Par ces paroles, elle s'associe à tous les droits du mari et devient « domina » là où le maître est « dominus ». C'est le langage que tient Denys d'Halicarnasse (1) et que l'on retrouve aussi au Digeste (2).

L'épouse romaine, à l'époque classique, est donc bien la compagne véritable de son mari, son associée. Elle prendra part à toutes ses affaires et sera consultée lors du mariage des enfants et toutes les fois que les intérêts de la famille seront en jeu. Sa vie de fidèle associée, ses grandes qualités domestiques seront rappelées, lors de ses funérailles dans une laudatio.

C'est ainsi que la laudatio de Turia (3) nous

prononcé ces paroles au moment de la confarreatio mais que, par la suite la formule aurait été employée dans les autres formes de mariage avec manus.

M. VIAL (*De la manus en droit romain*, thèse Marseille 1895), explique la formule « ubi tu Gaius ibi ego Gaia » en disant « par là où tu habites, je viens habiter ou bien par là où tu iras, j'irai » Et il conclut que cette phrase devient l'expression, dans tout mariage, de l'idée mise en relief par les législateurs, que la femme doit obéir à son mari et le suivre partout où il juge à propos d'habiter.

Mais cette opinion est inexacte ou plutôt incomplète et nous devons penser avec MM. WOŁOWSKI, MOMMSEN et GIDE (*Étude sur la Condition privée de la femme*, 1885, p. 97 et s.) que la prononciation de ces paroles rituelles implique, chez l'un et chez l'autre des époux, le désir de ne rien considérer comme leur propriété particulière. Tout entre eux étant confondu et les efforts de chacun ne tendaient qu'au bien commun du ménage.

(1) DENYS D'HALICARNASSE, II, 25 :

« Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ χωρὶς τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν οὔπερ ὁ ἀνὴρ ».

(2) SCAEVOLA (D. 32, I, 41) « .peto ate, domina uxor, ne... »

(3) MOMMSEN (*Abhandlungen de Berlin*, 1863, p. 445 à 482), a démontré que cette oraison était l'œuvre du partisan de Pompée, Q. Lucretius Vespillo, que les auteurs (Valère-Maxime, 6, 7, 2), racontent avoir été sauvé par sa femme Turia, lors des proscriptions.

vante le rôle de compagne et d'associée tenu par Turia, épouse de Q. Lucretius Vespillo (1). « Tu renonçais, dit son mari, à reprendre ton patrimoine personnel et à séparer ce qui avait été confondu entre nous jusqu'à ce jour; tous tes biens seraient restés à ma disposition et si je l'eusse accepté, tu aurais même contribué par ton travail et tes soins à la prospérité commune » et ailleurs (2) « ... nous avons conservé avec une commune prudence tout le patrimoine que tu tenais de tes pères. Nous avons partagé la gestion de notre fortune, je m'étais réservé de protéger la tienne et tu gardais celle de ton époux... » (3).

C'est ce rang de compagne, de « socia » du mari que tient l'épouse et non la nature infamante de l'actio furti, qui s'opposera à l'exercice de pareille action à l'encontre de l'épouse voleuse.

En résumé, nous venons donc de démontrer brièvement, d'une part qu'auteurs et jurisconsultes signalent un furtum possible entre époux, d'autre part, que c'est une notion de societas, de consortium vitae, qui s'oppose à l'octroi de l'actio furti. Maintenant, nous allons renforcer le second point de cette démonstration, c'est-à-dire combat-

(1) « .. neque patrimoni nostri, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam, sed in eodem arbitrio meo id et si vellem tuo ministerio futurum... ». GIRARD, *Textes*, 6^e éd., 1937, p. 820, § 35.

(2) « ... omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus : neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti, officia ita partiti sumus ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meae custodiam sustineres... ». GIRARD, *Textes*, 6^e éd., 1937, p. 819, § 40.

(3) *Eloge funèbre d'une dame romaine*, par M. GIRAUD, traduction; (Journal des Savants, juillet-août 1870).

tre la thèse en vertu de laquelle l'actio rerum amotarum aurait été substituée à l'actio furti par suite de la reverentia que se doivent les conjoints (1).

Tout d'abord, en droit classique (ainsi que nous le verrons, lorsque dans un deuxième chapitre nous étudierons la procédure de l'actio rerum amotarum), l'actio furti n'était pas exclue à l'encontre du mari, mais seulement à l'encontre de la femme.

Or, si l'on admet que l'action rerum amotarum était accordée « propter reverentiam », il est impossible d'expliquer la différence de traitement entre l'un et l'autre conjoint. En outre, à supposer cependant qu'une différence puisse exister, il semblerait que le mari, en qualité de chef de maison, ait droit à des égards au moins égaux à ceux que l'on a pour l'épouse.

L'existence de pareilles anomalies nous autorise à penser, qu'à l'époque classique, l'actio furti n'est pas exclue par suite de sa nature infamante et de l'obligation de respect que se doivent les époux. Les textes qui l'affirment ont dû être interpolés et c'est ce que nous allons démontrer.

L'un d'eux figure au Code de Justinien (2), il s'agit d'une constitution de Dioclétien et Marcien de l'an 287; pour les choses détournées par le conjoint « divortii gratia » y est-il dit, l'actio rerum amotarum est donnée et non pas l'actio furti parce

(1) Cf. *supra*, p. 29

(2) C. V. 21, 2 (*Dioclétien et Maximien*, 287). « Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito ab uxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio constante etenim matrimonio neque poenalis neque famosa actio competit sed de damno in factum datur actio ».

que, in matrimonio, ne sont pas admises des actions pénales et infâmantes, mais seulement les actions in factum.

Ce texte signifie en somme: après la dissolution du mariage, l'action furti n'est pas accordée parce que pendant le mariage, on ne peut agir par des actions pénales et infâmantes.

Mais pareil raisonnement est absurde et décèle à n'en pas douter une interpolation; il ne faut pas oublier, en effet, que la plupart des compilateurs sont des jurisconsultes médiocres et dont les retouches étaient maladroites. Et c'est la sottise du raisonnement qu'ils tiennent ici qui nous incline (1) à diagnostiquer une altération; il est véritablement impossible de mettre en harmonie la première et la seconde partie de cette constitution.

En outre, la main des compilateurs, ainsi que le fait remarquer M. Zanzucchi (2) se signale non seulement par la faiblesse du raisonnement, mais encore par l'emploi imprudent de la conjonction « etenim ». Ce mot trahit le rapprochement qu'ils ont réalisé; aussi, la première partie de ce texte doit appartenir à Dioclétien et Maximien, la seconde par contre correspond à une constitution de Justinien (3) et est l'œuvre des compilateurs. Jus-

(1) Cf. H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et les méthodes propres à les découvrir*, thèse, Paris 1894, p. 229 et s.

(2) ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra conjugii in diritto romano* (Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1906, p. 66 et s.).

(3) C. VI, 2, 22, 4 (Imp. Justin, A. Juliano, an 530). « .. si enim domino dedimus electionem ad quem voluerit pervenire: sive ad eum qui rem commodatam accepit sive contra eum qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii

tinien, en effet (ainsi que nous le verrons dans une prochaine section), fonde la prohibition de l'actio furti sur la reverentia et refuse l'exercice de cette action à tous les cas de vols commis pendant le mariage « constante matrimonio ».

Un autre texte, qui fait suite au passage de Paul (1) et que nous avons déjà eu l'occasion de citer, est ainsi libellé: « Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur » (2). Il est attribué à Gaius.

Mais, entre les deux textes, il existe un contraste frappant (3); en effet, l'un place à la base du refus de l'actio furti un certain quasi-dominium qui appartiendrait à la femme sur les biens du mari (et ainsi en s'appropriant les biens du mari, la femme ne commet pas de vol); l'autre, au contraire, se réclame de la nature infâmante de l'action. Au résumé, le premier exclut l'actio furti pour des raisons objectives, le second, en vertu de considérations d'égards personnels dus à la femme. Une pareille contradiction dénote une interpolation, mais une objection se présente immédiatement: les compilateurs ont entièrement modifié le fragment et cela est-il possible? Oui, car on rencontre des textes qu'ils interrompent, au lieu d'insérer leur innovation dans le corps d'un fragment, et

pudorem, non furti, sed rerum amotarum actionem habeat, si ipsum domus elegerit: dominus autem omnem licentiam possideret, sive adversus maritum commodati, sive adversus mulierem furti actionem extendere: ita tamen... ».

(1) PAUL (D. 25, II, 1), déjà cité.

(2) GAIUS (D. 25, II, 2), « nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur ».

(3) Cf. ZANZUCCHI, *op. cit.*, p 67 et s.

qu'ils font suivre de leur doctrine sous le nom même du jurisconsulte. Il est donc possible que nous ne sachions jamais ce qu'avait écrit Gaius.

On a tenté d'expliquer (1) que ce contraste remontait à l'époque classique et se serait produit à la suite d'une évolution de la doctrine qui aurait apporté au refus de l'actio furti des bases nouvelles.

Ainsi les motifs mis en vedette dans le premier passage reproduiraient la doctrine la plus ancienne (Sabinus, Proculus, Nerva Cassius); ceux invoqués dans le second, la doctrine des jurisconsultes modernes (Gaius).

Mais cette opinion doit être réfutée. En effet, même Julien et Paul, qui appartiennent aux jurisconsultes modernes tombent d'accord avec Sabinus et Proculus. Le fragment précité de Paul, libro septimo ad Sabinum (2) ne contient-il pas cette finale ? «... in qua sententia et Julianus rectissime est ».

Or, Julien et Gaius sont contemporains. Il y a eu une transformation apportée au fondement de la répression du furtum entre époux, mais cette évolution s'est produite sur une longue échelle, d'époque à époque; de la période classique à celle du Bas-Empire.

D'ailleurs, les textes qui se réclament de la nature infâmante de l'actio furti et la rejettent, dans l'hypothèse de furtum entre époux, constituent

(1) CZYHLARZ, *Das römische dotalrecht*, 1870, p. 248.

ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 30.

(2) (D. 25, II, 1). texte déjà cité.

l'exception. La majorité des textes classiques et en particulier Paul (1) et Modestin (2) optent catégoriquement pour une *societas vitae* entre époux.

En outre, l'accusatio *expilatae hereditatis*, c'est-à-dire le vol de choses héréditaires n'est pas retenu contre la femme, motif pris du caractère infamant qu'elle pourrait présenter. On n'intente pas cette accusation à l'encontre de la veuve qui a soustrait un objet dans la succession de son mari parce que cette veuve a été associée aux biens et au culte domestique du mort. L'exclusion de cette *accusatio*, ainsi que nous le relatent les textes (3), repose sur le *promiscus usus*, la *societas rei humanae* atque *divinae* (au sens que l'emploient Nerva et Casius quant au rejet de l'*actio furti*) (4). Et ce n'est là, pensons-nous, qu'une application particulière de la règle générale que, tout *furtum* dont l'épouse est l'auteur, n'est pas sanctionné par l'*actio furti*, compte tenu de l'idée de *societas*, de *consortium vitae* qui existe entre conjoints.

Enfin, d'autres arguments, qui ne sont pas tirés directement des textes militent néanmoins en fa-

(1) D. 25, II, 1, texte déjà cité.

(2) MODESTIN (D 23, II, 1). « *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae...* ».

(3) C IX, 32, 4. (*Imp. Giordanus, an 243*). « *Adversus uxorem (quae socia rei humanae atque divinae domus suspicatur) mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt...* ».

(4) C. VI, 2, 17 (*Impp Diocletien et Maximien, an 294*). « *Quamvis etiam expilatae hereditatis criminis promiscus usus exemplo actionis furti ream uxorem fieri non patiatur tamen heredes, itemque filii super his quae de patris bonis possidet; adversus eam in rem actione experiri non prohibentur.* ».

veur du rejet, à l'époque classique, de la notion de *reverentia*.

Tout d'abord, lorsqu'un tuteur a détourné les biens de son pupille, il est donné à ce dernier, non pas l'*actio furti*, mais une action spéciale: l'*actio rationibus distrahendis*. Et cette action, de même que l'*actio rerum amotarum* repose sur une idée de copropriété, de *societas*. En effet, si on ne reconnaît pas au tuteur un droit de propriété, on lui accorde du moins, une *potestas* presque équivalente à un droit de propriété (1).

L'analogie entre le fondement de l'*actio rationibus distrahendis* et celui de l'*actio rerum amotarum* est flagrante. Il n'est donc pas audacieux de soutenir qu'à l'époque classique, l'*actio rerum amotarum* repose sur une idée de *consortium-vitae*, concept, nous l'avons étudié, qui englobe celui d'une copropriété de biens.

C'est d'ailleurs, toujours en vertu de cette même notion, que le droit romain a connu l'*actio oneris aversi*, créée pour remplacer une *actio furti* qui ne pouvait être donnée contre un *dominus* qui détourne sa propre chose (2). Cette action était principalement exercée contre un capitaine qui avait détourné son chargement. Or, pour la majorité des auteurs (3) qui l'ont étudiée, l'*actio oneris*

(1) *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain*, par M. GÉRARDIN, (Nouvelle revue historique du droit. XIII, 1889, p. 1 à 20.

Manuel élémentaire de droit romain, par P.-F. GIRARD, 1929, p. 230.

(2) *Le furtum dans le très ancien droit romain*, par HUVELIN, 1915. (Annales de l'Université de Lyon, nouvelle série, fasc. 29, p. 513 et s.).

(3) Et en particulier, CUJAS, (*Jacobi Cujacii opera omnia*, Neapoli 1758).

aversi aurait été une *actio in factum* pénale, entraînant une condamnation au double de la valeur de la cargaison détournée. Ici, l'*actio furti* est repoussée parce que le capitaine de navire ne peut voler ce dont il est propriétaire, elle n'est pas davantage exercée contre l'épouse voleuse parce que la femme ne soustrait pas ce dont elle est copropriétaire. Le principe est identique.

En dernier lieu, nous devons signaler, qu'à l'époque classique, l'*actio rerum amotarum* pouvait être accordée non seulement lors des détournements de la femme mais aussi de ceux de la bru, lorsque le mari était encore *filiusfamilias* (1).

Or, si le refus de l'*actio furti* se justifie par la *reverentia personarum*, on ne comprend pas pourquoi les mêmes égards ne seraient pas dus vis-à-vis du gendre, pourquoi ils ne seraient pas réciproques entre bru et beau-père enfin, pour quel motif la *reverentia* cesserait au cas d'émancipation.

La conclusion de toutes ces explications se dégage d'elles-mêmes : à l'époque classique, la répression du *furtum* entre époux a pour base l'idée de *consortium*, de *societas vitae* et non celle d'une *reverentia* entre époux. Mais avant de clore l'étude de cette période une question mérite de retenir notre attention.

A l'époque classique, ou plus exactement, à la fin de cette époque, le mariage *cum manu* est tombé

(1) ULPIN (D. 25, II, 15, § 1) « ...Uxor et nurus et pronurus viro et socero et prosocero furtum facere possunt, furti autem non veniunt, nisi forte emancipatus sit filius : tunc enim nurus patri eius et furtum facit et furti tenetur ».

en désuétude et le mariage sine manu l'emporte de beaucoup. Sous les premières années du principat la manus a perdu à peu près tout terrain (1) à tel point qu'à l'époque de Tibère, on ne trouve plus moyen de former la liste des trois candidats issus de nuptiae confarreatae parmi lesquels on devait choisir le flamine de Jupiter (2). Comment pouvons-nous alors justifier que les explications que nous venons de donner pour le mariage cum manu s'adaptent aussi au mariage sine manu ? L'actio rerum amotarum est, en effet, également accordée contre la femme sine manu qui a commis le vol au préjudice de son mari (3).

La raison du maintien, quant au mariage sine manu des principes appliqués au mariage cum manu, réside dans le fait que le mariage libre n'a pas surgi d'un seul coup. Ce nouveau mariage, devenu le plus répandu, a reçu peu à peu des règles calquées sur l'ancien mariage.

Et c'est ce qui autorise M. Esmein (4) à affirmer que « beaucoup des caractères du mariage cum manu passent dans le mariage sine manu et qu'ils ont, en partie une valeur morale mais aussi en partie une efficacité juridique ».

Ainsi la participation de la femme au même

(1) Cf. *Manuel élémentaire de droit romain*, par P.-F. GIRARD, 1929, p. 165 et s.

Éléments de droit romain, par G. MAY, 1932, p. 116 et s.

(2) TACITE, *Ann.* IV, 16.

(3) ULPYEN (D. 25, II, 15). « Nihil interest, utrum simul an separatim habitaverunt, cum actio rerum amotarum competat etiam adversus eam quae ex ea domo subtrahit, in qua non simul cum viro habitavit ».

(4) ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 29 et s.

culte, les cérémonies qui accompagnent les noces et en particulier la formule « *Ubi tu Gaius, ego Gaia* » (1), la nécessité inhérente au mariage d'un apport de la femme, les modes par lesquels cet apport (*res uxoria* ou *dos*) se constitue, les conventions pour sa restitution au cas de divorce (*judicium rei uxoriae*) sont des effets communs aux deux mariages mais qui ont leur origine dans le mariage *cum manu*.

En matière de donations entre époux, dès le VI^e siècle, avec le développement des mariages *sine manu* et dans le but soit de mettre un frein au luxe des femmes, soit de protéger les individus contre des pressions exercées sur leur volonté, le principe de l'inefficacité des libéralités entre conjoints est maintenu.

Or, la survivance d'une telle prohibition s'accordait mal avec le régime d'indépendance réciproque que reconnaissait aux époux le mariage *sine manu*. Mais cette interdiction semble avoir été maintenue indépendamment de la *manus* parce qu'il s'agissait d'une coutume antique qu'il importait de conserver (2).

On pourrait en dire autant de cette sorte de copropriété de la femme sur les biens du mari, en réalité patrimoine de la famille. L'extension à l'un

(1) M. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 1885, p. 97 et s.; pense en effet que l'épouse romaine, dès le moment où elle avait mis le pied dans l'*atrium*, était associée à tous les droits de son mari, ce qui s'exprimait par une formule antique « *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* ».

(2) M. François DUMONT, *Les Donations entre époux en droit romain*, thèse, Paris, 1928, p. 17 et s.

et l'autre mariage du refus de l'actio furti pour les détournements commis par la femme n'est donc pas un phénomène isolé mais en relation avec l'évolution du mariage sine manu. A cette assimilation des deux sortes de mariage contribueront d'ailleurs préteur et jurisprudence.

Tout d'abord, on qualifiait femme, c'est-à-dire materfamilias, celle qui était mariée conformément aux vieux modes quiritaires mais peu à peu, dans la conscience sociale la femme sine manu qui n'était qu'uxor parvient au rang de materfamilias et prend son nom. Aussi, l'octroi d'un iudicium rerum amotarum au lieu et place de l'actio furti, bien qu'institué en considération du mariage cum manu, devait par la suite perpétuer la tradition d'après laquelle les détournements de toute femme légitime, libre ou soumise à la puissance du mari, n'autorisent pas l'exercice de l'actio furti. Le traitement réservé à la concubine (1) était bien différent.

A l'époque classique, tant pour le mariage cum manu que pour le mariage sine manu, et c'est là notre conclusion, nous devons admettre que l'idée d'une « *societas vitae* », seule, impose le rejet de l'actio furti et l'octroi d'une actio spéciale, l'actio rerum amotarum.

(1) La concubine, en effet, était toujours coupable d'un véritable vol et en outre tenue furti, cf. ULPIN (D. 25. II. 17) « si concubinares amoverit, hoc jure utimur, ut furti teneatur : consequenter... ».

SECTION IV

Époque du Bas-Empire

Le *furtum* entre époux se rencontre-t-il encore au Bas-Empire ? C'est là un des premiers points qu'il nous faut élucider.

Les fragments du Sinaï, cet ouvrage qui connaît le code Théodosien mais ignore la législation de Justinien et qui se place entre les années 438 et 529 ap. Jésus-Christ, nous renseignent indirectement.

En effet (1) il y est écrit que le pacte qui porterait renonciation au droit de retention *ob res donatas*, *ob res impensas*, ou *ob res amotas*, ne serait pas valable. La *retentio ob res amotas* existait donc encore dans la pratique à l'époque du Bas-Empire. Or qui dit *retentio ob res amotas* suppose choses soustraites entre époux.

Un intéressant texte sur papyrus (2) nous fournit un cas d'application de *retentio ob res amotas* : Horapollon avait épousé sa cousine, mais le mariage fut malheureux. Sa femme, en vue du divorce, cherche alors à s'assurer une bonne part dans

(1) *Fragments du Sinaï*, 9, 11 (Girard, Textes, 6^e édit, p. 615) « ἀνκισσοῦν τῇν *ob res donatas* ἢ *ob impensas* ἢ *ob res amotas retentio* ».

(2) Ce papyrus longuement étudié par M. J. MASPÉRO dans le *Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale*, 1914, t. XI, p. 168 et s., provient de Kôm-Ichgaou. Il constitue un mémoire très curieux sur Horapollon, fils d'Asklépiodès éloquent philosophe qui vécut probablement sous le règne du patriarche d'Alexandrie Dioscore ; et on peut le dater aux environs de 450 après J.-C.

la liquidation. Elle réclame certains objets et certaines propriétés mais en vain. Aussi, après avoir intenté un procès et été lassée de demander, elle se fit justice elle-même. Elle se rendit à Phénébythis, où résidait Horapollon, fit des perquisitions complètes, enleva les meubles, fouilla jusqu'à l'intérieur des murailles et tomba sur une de ces cachettes très fréquentes en Egypte et où le propriétaire avait enfoui un trésor de réserve.

C'est alors, est-il indiqué dans le papyrus, qu'Horapollon, indépendamment de l'action en divorce pour cause d'adultère (l'épouse voleuse s'était, auparavant, enfuie avec son amant) invoque contre les rapines de sa femme le droit de *retentio* :

ἐξ ἧθων κακῶν καὶ μεθὰ σέως σκεύων.

Or, si la *retentio ob res amotas* s'appliquait encore, force nous est d'admettre que l'*actio rerum amotarum* pouvait aussi être exercée. Nous avons vu, en effet, à l'époque classique, que l'action *rerum amotarum* avait été créée par le préteur lorsqu'il lui était impossible de donner satisfaction au mari volé par sa femme en lui permettant de retenir sur la dot la valeur des objets détournés.

D'ailleurs, Justinien (1) quelques années plus tard, en 533, affirme aussi l'existence de l'*actio rerum amotarum*. Par contre, il supprime les rétentions dotales et même la *retentio propter res amotas*.

Un délit spécial de *furtum* entre époux existait donc à l'époque justinienne puisque l'*actio rerum*

(1) C. VI, 13, 1, 5 « ...sed nec *retentio ob res amotas* necessaria est, cum pateat omnibus mariti *rerum amotarum* iudicium ».

amotarum subsiste et que son rôle est de sanctionner le délit de choses soustraites entre conjoints.

Mais le fondement qui est à la base de cette même répression est-il identique à celui que connaissait l'époque classique ?

Nous ne le pensons pas. Les textes de l'époque justinienne, en effet, ne nous parlent plus d'une *societas vitae*, d'un quasi-dominium de l'épouse sur les biens.

Justinien (1) invoque l'honor ou pudor matrimonii (nous ne nous attacherons pas à analyser chacune des expressions employées par Justinien car, ainsi que nous l'écrirons, toutes deux se rattachent à la notion générale d'affectio maritalis).

Ce nouveau concept, Justinien l'affirme non seulement dans ses *Institutes*, mais encore au *Digeste*, par la main des compilateurs.

Gaius (2) dit en effet que, par respect du mariage, on ne peut intenter une action honteuse, c'est-à-dire une action pénale. Mais, ainsi que nous l'avons écrit dans notre étude de la période classique, ce n'est certainement pas là l'opinion de Gaius mais celle des jurisconsultes de Justinien qui ont altéré le texte primitif de Gaius. Gaius n'était-il pas contemporain de Julien ? Or, Julien

(1) *Inst. de patria potestate*, § 1^{er} « Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum consuetudinem vitae continens ».

C. VI, 2, 22, 4 c. (*Justinien an 530*) « ...sive contra eum qui furtum commisit, et in hac specie, maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti sed rerum amotarum actionem habeat... ».

(2) GAIUS (D. 25. II, 2) « Nam in honorem matrimonii turpis actio uxorem negatur ».

admet expressément l'opinion de Paul, à savoir qu'on n'intente pas contre l'épouse l'actio furti parce qu'il existe au profit de la femme un certain condominium sur les biens du mari « quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret » (1).

Quelles raisons ont donc poussé Justinien à adopter une nouvelle notion quant au fondement de la répression du furtum entre époux ?

Tout d'abord, à l'époque du Bas-Empire, le mariage n'a plus ni la solennité toute religieuse du mariage de l'ancien droit, ni le caractère contractuel, d'accord des volontés de l'époque classique, lorsque le mariage sine manu est devenu la règle et le mariage cum manu l'exception.

Chez les Chrétiens, il existe bien au Bas-Empire un rite, la bénédiction nuptiale donnée par un prêtre, mais la formation du mariage ne dépend nullement de cette cérémonie (2). Aussi, désormais, pour apporter la preuve du mariage, on fait appel à la notion d'*affectio maritalis*. On recherche, si nous pouvons ainsi nous exprimer, à l'aide d'un élément spirituel, moral, l'intention qu'ont homme

(1) PAUL (D. 25, II, 1) texte déjà étudié.

(2) La bénédiction nuptiale était dans les mœurs de l'Eglise primitive car elle était une des manifestations extérieures de la célébration du mariage. Les unions contractées sans l'intermédiaire du ministère ecclésiastique passaient en effet pour occultes et illicites.

Les textes portent d'ailleurs mention de cette solennité chrétienne mais ils ont une vertu plutôt énonciatrice qu'impérative. Ils supposent l'usage et l'emploi de la bénédiction plutôt qu'ils ne la prescrivent (*Nov. Just. LXXIV*, § 1^{er}). Ce n'est qu'au XI^e siècle que la bénédiction nuptiale deviendra le sceau nécessaire de la célébration du mariage.

Cf. TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, 3^e édit., p. 233 et s.

et femme de se comporter comme époux et épouse. L'affectio maritalis n'est autre que le comportement subjectif des époux (1). Ce nouveau concept, l'affectio maritalis, permet alors non seulement d'apporter une discrimination entre le mariage et le concubinat (2) mais encore, croyons-nous, il domine à cette époque du droit romain, toute la matière du mariage et particulièrement tous les rapports entre conjoints.

Cette notion qui est plus philosophique que juridique et qui contraste avec celle de l'époque classique d'honor matrimonii, d'union de vie et de biens, de quasidominium de l'épouse sur les biens de son mari, constitue, à n'en pas douter, un criterium de discrimination entre mariage et concubinat mais aussi le fondement de la répression du furtum entre époux.

Cette conception est en effet conforme au but que se proposait Justinien. Depuis l'époque classique et en particulier du jour où le mariage sine manu l'a emporté, les divorces se sont multipliés et la pureté et l'austérité des mœurs antiques ont de plus en plus disparu, malgré les efforts d'Auguste et de la jurisprudence classique. Justinien, frappé de l'étendue de pareil mal domestique, s'efforce d'en réprimer les excès, mais pour atteindre son but, il ne peut faire appel à la notion d'association de personnes et de biens. Le paterfamilias, ne possède plus, en effet, l'autorité de jadis et les deux

(1) Cf. *Studi di diritto romano*, 1933, vol. I. *Personae e famiglia*, par E. ALBERTARIO, p. 216, 223.

(2) *Idem*.

époux ne contribuent plus à une gestion commune du patrimoine familial, sur lequel la femme possédait un certain quasi-dominium.

Aussi Justinien s'ingénie-t-il à ramener les époux à la fidélité et à la concorde en exagérant les devoirs d'étroite union, de respect, de déférence mutuelle que se doivent les conjoints.

Il invoque alors l'honor matrimonii ou pudor matrimonii (1), l'affectio maritalis et ce sont là les nouvelles bases sur lesquelles repose désormais la répression du furtum entre époux.

Ce concept d'honor matrimonii, d'affectio maritalis, ne s'est d'ailleurs pas, si on s'y arrête un peu, introduit aussitôt dans le droit romain du Bas-Empire. Il semble que ce soit au contraire à la suite d'une très longue et très lente évolution dont le processus serait le suivant: à l'époque du très ancien droit romain, c'est une idée d'association religieuse qui est à la base de la répression du furtum entre époux. La soustraction commise par l'épouse constitue un délit religieux. A l'époque classique, l'élément religieux n'occupe plus le premier rang. Il se prolonge ou plus exactement, pensons-nous, il se dédouble. On aboutit ainsi à la no-

(1) C. VI, 2, 22, 4 c., texte déjà cité.

GAJUS (D. 25, II, 2), texte interpolé, déjà cité.

Dans le premier texte (C. VI, 2, 22, 4 c.) : Justinien emploie l'expression « propter pudorem matrimonii » ; dans le second « in honorem matrimonii » (le d^r classique connaissait déjà cette notion, cf. ALBERTARIO, *Studi di dir., op. cit.*, p. 216 à 223), mais Justinien lui ôte le caractère de comportement objectif qu'elle revêtait, croyons-nous, et l'idéalise. La bonne tenue du mariage comme le respect que se doivent les époux sont en effet, un reflet de l'affectio maritalis qui doit se manifester entre conjoints. L'expression d'affectio est plutôt générique.

tion d'association à la fois de personnes (union de vies et de culte) d'une part; et au moins virtuellement, de biens d'autre part.

Au Bas-Empire, la notion de société de biens ne peut plus jouer; la dot elle-même de la femme n'est plus la propriété du mari (1) et il n'y a plus aucun mariage cum manu. C'est alors que l'élément spirituel l'emporte ou plus exactement reprend une place prépondérante. Et sous Justinien le christianisme lui donnera une forme plus idéalisée que le paganisme. En définitive le concept sur lequel repose la sanction du *furtum* entre époux a connu trois évolutions successives: concept religieux tout d'abord, puis juridique et idéaliste ensuite.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'orientation vers un concept plus philosophique et moins juridique se manifeste déjà à l'époque post-classique.

En effet, primitivement, c'est uniquement le terme de *societas vitae* que les textes emploient. Nerva et Cassius au Digeste (2) ne disent-ils pas « ... quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret... » Au contraire, à la fin de l'époque classique, Modestin (3) en reprenant cette idée l'accompagne d'autres considérations « divini et humani juris communicatio » et emploie l'expression « *consortium omnis vitae* ». Cette dernière expres-

(1) Cf. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, op cit, t. 1, p. 354 et littérature citée.

(2) (D. 25, II, 1), déjà cité.

(3) (D. 23, II, 1). « *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* ».

sion (l'interpolation du texte ne semble pas être démontrée) ne saurait signifier une *societas* aussi étroite que l'*antiquum consortium*; il y a là bien plutôt, comme cela a déjà été remarqué (1) une figure et non une stricte comparaison juridique, relativement à une union stable.

Cet élément de spiritualité domine dans le mariage des premiers chrétiens et il est beaucoup plus important que dans le mariage païen. La spiritualité qui l'anime est en effet toute religieuse (2) et non philosophique, idéaliste.

Si l'on compare le tableau du mariage chrétien à la définition (3) déjà fort belle que donnait Mo-

(1) M. GAUDEMET (*Compte rendu extrait de la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1937, p. 161, sur l'étude de M. Carlo Alberto Haschi : *Dissertationes, Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, vol. 45, Milano, 1935), pense que le mot « consortium », de plus en plus, aura toujours un sens large et vague et qui sera particulièrement sensible dans les constitutions du Code Théodosien. D'ailleurs, ajoute-t-il, en disant que le mariage est l'union de toute une vie, Modestin insiste plus sur sa durée que sur la possibilité de le dissoudre. Le consortium représente le type d'une union permanente, sinon indissoluble.

(2) TERTULLIEN, *Ad uxor*, lib. II, c. IX. « Ecclesia conciliat et confirmat oblatio et obsignat benedictio; angeli renuntiant, Pater noster habet... ».

Le grand apologiste, après avoir mentionné les rites de la célébration (oblation des prêtres, bénédiction) explique que les deux fidèles portent le même joug, ne sont qu'une même chair, qu'un même esprit, etc...

On peut rapprocher cette définition du mariage chrétien de celle qui figure à l'Evangile de Saint-Mathieu « itaque jam non sunt duo una caro quod ergo Deus conjunxit, homo non separet »; *Evangile selon Saint-Mathieu*, 19, 6.

(3) Cf. E. ALBERTARIO, *Riv. dir. comm.*, XXXII, p. 234 et s.

GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, *op. cit.* p. 97 et s.

ARNOLD EHRLHARDT (*Zeitschrift der Savigny, Stiftung für rechtsgeschichte*, 1937, p. 360 et s.).

destin du mariage païen, le progrès est très sensible. L'indissolubilité du lien qui doit unir les époux, quoi qu'en dise Modestin, n'a été vraiment le lien de toute une vie que dès le jour où Jésus-Christ a apporté sa doctrine (1). Le jurisconsulte nous parle bien d'un consortium omnis vitae, mais cette parole est menteuse, car le divorce le met en échec à chaque instant.

Le mariage des premiers chrétiens est empreint d'une spiritualité religieuse, alors que celle qui préside au mariage païen est issue d'un concept philosophique et a été érigée dans un but pratique : mettre un terme aux abus du divorce stigmatisés par Juvenal et Martial et améliorer les tentatives malheureuses d'Auguste (2).

Justinien, en résumé, a exagéré la notion dégagée par Modestin, et y a substitué l'affectio maritalis. Ce nouveau concept, désormais, sera à la base de la répression du furtum entre époux (3) et à l'époque du Bas-Empire, comme à l'époque classique, l'actio rerum amotarum sanctionnera encore le furtum entre conjoints.

(1) L'indissolubilité du mariage et sa haute spiritualité ont été formulées par Jésus-Christ lors de son discours sur la montagne (Saint-Mathieu, v. 32).

(2) ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, t. 1 et 2. LE BRAS, *cf. Dictionnaire de théologie catholique*, v^o mariage.

(3) C. VI, 22, 4 c., texte déjà cité.

CHAPITRE II

Mécanisme de la répression

SECTION I

Nature de l'actio rerum amotarum

§ 1^{er}. — *Époque classique*

Avant d'aborder le mécanisme de la répression du vol entre conjoints, ou si l'on veut la procédure, la question se pose de savoir si l'actio rerum amotarum, qui était décernée au profit du volé, était pénale ou reipersécutoire.

Au Digeste, certains textes assimilent l'actio rerum amotarum à une condictio ex causa furtiva (1), c'est-à-dire la classent parmi les actions reipersécutoires. Cependant, à l'encontre de cette

(1) Le propriétaire volé qui au moyen d'une action pénale née du délit, avait obtenu une peine pécuniaire contre le voleur, avait en outre à sa disposition, à l'époque classique, une action reipersécutoire spéciale : la condictio ex causa furtiva. Cette action lui permettait de recouvrer la valeur de l'objet volé.

Cf. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, p. 439.

R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1935, t. 2.

assimilation (1), on peut faire valoir des arguments.

Tout d'abord, le champ d'application de l'actio rerum amotarum se distingue de celui de la condictio furtiva. En effet, l'action des choses détournées est accordée au mari dépouillé alors même qu'il n'a pas la propriété de la chose qui lui a été volée (2). Ulpien (3), par contre, ne décerne la condictio furtiva qu'au propriétaire.

En second lieu, l'actio rerum amotarum est exercée contre la femme voleuse alors qu'elle est seulement complice (4). La condictio furtiva, par contre est dirigée uniquement contre l'accusé principal et non contre le complice (5).

En troisième lieu, l'actio rerum amotarum est donnée au conjoint volé, même si à la suite de son délit, le voleur n'est pas entré en possession

(1) PAUL (D. 25, II, 21, § 5). « ...haec actio (rerum amotarum) licet ex delicto nascatur tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva. . ».

GAIUS (D. 25, II, 6, § 2). « Rerum amotarum actio condictio est ».

(2) ULPPIEN (D. 25, II, 17, § 3). nous parle d'un mari qui avait seulement reçu en gage l'objet volé « ...quae viro suo res pignori datas amoverit, hoc iudicio tenebitur ».

MARCELLUS (D. 25, II, 20), d'un mari qui n'avait qu'une possession de bonne foi « ...si rem quem maritus bona fide emerat, uxor amovit... idque fecit divortii causa, rerum amotarum tenebitur ».

(3) ULPPIEN (D. 47, II, § 16). « .. Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est... si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere : condictio autem ei demum competit, qui dominium habet... ».

(4) ULPPIEN (D. 47, II, 52 pr.). « Si quis uxori res mariti, subtrahenti opem consiliumve accomodaverit furti tenebitur... ».

§ 2. « ...Ipsa quoque si opem furti tulit, furti non tenebitur, sed rerum amotarum ».

(5) ULPPIEN (D. 13, I, 6) « ...Proinde etsi ope consilio alicujus furtum factum sit, conductione non tenebitur, etsi furti tenetur ».

de la chose (1). Il n'en va pas ainsi pour la *condictio ex causa furtiva* (2).

Il y a donc lieu de songer à l'interpolation des textes qui font de l'*actio rerum amotarum* une action reipersécutoire. En effet, le premier passage cité, celui de Paul, renferme une contradiction. Paul déclare que l'*actio rerum amotarum* naît d'un délit « *haec actio (rerum amotarum) licet ex delicto nascatur...* » et immédiatement après il l'assimile à une *condictio furtiva* « *... tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva* ». L'interpolation (3) n'est pas invraisemblable d'autant plus que la forme grammaticale est assez lourde (*licet tamen, ... et ideo... sicut et*). D'autre part, Paul affirme ailleurs au Digeste (4) que l'*actio rerum amotarum* est une action spéciale et il se plaît à donner les raisons qu'invoquaient déjà Nerva, Cassius, Sabinus, Proculus, pour ne pas décerner l'*actio furti*.

Quant au texte de Gaius (5), il ne faut pas le

(1) ULPPIEN (D. 25, II, 19) « *Sed et si divortii tempore. . itaque quod Labeo scripsit uxorem rerum amotarum teneri, etiam si ad eam res non pervenerit* ».

(2) CELSUS (D. 13, I, 15). « *Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber furti tenetur : condici autem ei non potest nisi liber contrectavit* ».

Et ULPPIEN (D. 13, I, 4). « *...condicendum est domino id quod ad eum pervenit...* ».

(3) Cf. Les auteurs cités. *Index interpolationum quae in Justiniani digestis inesse dicuntur*, par E. LEVY et RABEL, t. II, 1931, colonne 109.

(4) PAUL (D. 25, II, 1). « *Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit...* ».

(5) GAIUS (D. 25, II, 6, § 2). « *Rerum amotarum actio condictio est* ».

prendre à la lettre, mais admettre, avec M. Lenel(1), qu'il renvoie au titre « De restitutionibus », où il est dit que les actions ex delicto ne se perdent pas à la suite d'une capitis deminutio. La *condictio furtiva*, par contre, qui est une action reipersécutoire, n'est possible que « rescissa capitis deminutione » (2). Les jurisconsultes se sont alors certainement occupés, songe M. Lenel, de savoir quelle solution il fallait, au cas de capitis deminutio, appliquer à l'actio rerum amotarum, et c'est vraisemblablement la réponse de Gaius à ce sujet que contient la phrase « rerum amotarum actio condictio est ». En ce cas, l'actio rerum amotarum était juridiquement sur le même plan que la *condictio furtiva*, mais il est impossible, croyons-nous, d'en conclure que l'action des choses détournées était reipersécutoire. La capitis deminutio crée un changement d'état juridique exceptionnel et on ne saurait en tirer une règle générale.

En outre, à l'époque classique, admettre que l'action qui naît d'un délit est reipersécutoire semble contraire aux principes qui régnaient alors.

Aucune action en dommages-intérêts ne naissait du délit; celui qui avait subi le dommage pouvait réclamer une poena qui constituait ainsi une satisfaction personnelle. Cette peine privée et pécuniaire était évidemment proportionnée dans la

(1) OTTO LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 1927, p. 309.

(2) Cette différence entre les effets de la capitis deminutio relativement à l'obligation délictuelle d'une part. et à l'obligation contractuelle d'autre part, a toujours existé et a même subsisté théoriquement, malgré les réformes prétoriennes et impériales. Cf. R. MONIER, *op. cit.*, t. II, p. 40.

plupart des cas au dommage causé, mais le but même de la poena n'était pas de réparer le dommage.

Réglée par le jus civile et le jus praetorianum, la poena variait suivant l'importance du délit et le préjudice occasionné. Habituellement, la prestation que l'on réclame à l'accusé est évaluée au simple, double, triple ou quadruple du dommage. (Exceptionnellement, on la détermine suivant d'autres critères]actio legis Aquiliae[.)

Elle était exigée, tantôt immédiatement dès que le délit avait surgi et sans tenir compte de l'attitude postérieure de l'accusé; tantôt, au contraire, le délit occasionné devait être irréparable ou ne pas avoir été réparé.

Prenons le premier terme de ce principe : le délit n'entraînait une action pénale que si le dommage ne pouvait être réparé d'une manière quelconque. En effet, l'action doli, qui est une action pénale, n'est exercée selon les termes de l'édit (1) que pour les choses « ... quae dolo malo facta esse dicentur (mais seulement) si de his rebus alia actio non erit »; c'est-à-dire s'il existe une action spéciale pour réparer le dommage, le préteur n'admet pas l'exigence d'une poena; par contre, si toute voie est forclosée et si le dommage n'est pas réparable, il est permis de recourir à l'action pénale.

Passons au second terme du principe : l'action pénale ne peut être intentée que si le dommage n'a pas été réparé. Cette affirmation se dédouble : ou

(1) *Das Edictum perpetuum*, op. cit. p. 114.

le dommage n'a pas été réparé soit antérieurement à la *litis contestatio*, soit postérieurement et à la suite de l'invitation du juge à restituer. Le second cas embrasse le premier; en effet, si la chose a été restituée avant la *litis contestatio*, le juge n'a plus rien à imposer et aucune *poena* ne peut être prononcée.

Prenons un autre exemple : l'*actio metus*. Si la victime a obtenu satisfaction soit avec l'aide du prêteur (*restitutio in integrum*), soit par la volonté spontanée du coupable qui a réparé le préjudice, elle ne peut plus alors exiger la *poena* au *quadruplum*. Cette peine impliquerait, en effet, qu'aucune réparation n'est intervenue.

Maintenant, appliquons ces principes à notre étude, c'est-à-dire à l'*actio rerum amotarum*. Que se passe-t-il lorsque le mari intente à l'encontre de la femme l'action des choses détournées ? Il se produit ce que nous venons de décrire en général : ou bien la femme a restitué volontairement au mari les objets qu'elle avait dérobés, ou bien, si le mari n'avait pas encore reversé la dot, le prêteur l'a autorisé à retenir la valeur des choses soustraites (*retentio propter res amotas*) et l'*actio rerum amotarum* ne peut être intentée à titre de *poena*. C'est seulement si l'on n'a rencontré ni l'une ni l'autre de ces deux alternatives que le mari obtiendra du prêteur, en qualité de *poena*, l'exercice de l'*actio rerum amotarum* dont la formule sera *in factum*. Cette action se substitue à une action *reipersécutoire*, mais elle n'est pas *reipersécutoire*. C'est à titre de peine que l'*actio rerum*

amotarum est délivrée et pour permettre, en l'absence de réparation du dommage, de donner à la victime une satisfaction personnelle.

L'existence d'un papyrus (1) nous permet d'ailleurs de croire que l'actio rerum amotarum pouvait être pénale. Il date du premier siècle de l'Empire. Quant à sa teneur, l'opinion des papyrologues est différente. M. Wenger (2) pense que dans ce passage, le procédurier romain traitait d'une actio rerum amotarum. En effet, il y est écrit qu'un certain Tryphon se plaint que sa femme, probablement avec la complicité de sa belle-mère, ait emporté en le quittant, quelques-unes des choses qui lui appartenaient et avaient été employées à l'usage du ménage. Et, dans un pli adressé à un stratège d'Alexandre (cf. texte cité), le demandeur, Tryphon, fait valoir une obligation ex delicto, demande des dommages-intérêts, et réclame que les débats des ex-conjoints, en ce qui concerne leur patrimoine, aient lieu devant le stratège.

Et M. Wenger conclut que cette action avait simplement pour but la réparation du dommage subi.

Mais M. de Ruggerio (3) commente la phrase

(1) *Oxyrinchos Pap. II*, 282 (30 bis, 35, n. c.). Dans sa partie qui nous intéresse, il est ainsi libellé :

ὁ δὲ ἀξιῶν ἀχ[ὲ]ς γὰρ τὰ ὑποκ[ρί]πτει σὲ ὅπως τὸ χ[ρ]ῆμα ὃ προσή[κει] καὶ ἀποδῶν μοι ἡμέτερον.

(2) Cf. *Rechtshistorische papyrusstudien* von Dr LEOPOLD WENGER; Graz, 1902, p. 112.

(3) Cf. DE RUGGERIO, *Studi papilologici sul matrimonio et sul divorzio in Bulletino del Instituto di diritto romano*, XV, p. 278.

« ἀξιῶ αὐτὸν ἐπὶ τὴν ἐπίπεδον ὅπως τὸν αὐτὸν ὅς ἐστιν ἐπὶ τὴν ἐπίπεδον » dif-
féremment et songe au contraire que l'on ré-
clame contre l'épouse dérobeuse l'application d'une
peine qui ne peut être que celle du vol. Aussi
conclut-il à l'actio furti.

Les opinions de l'un et l'autre de ces deux au-
teurs ne sont probablement pas entièrement exac-
tes. En effet, l'action dont Tryphon réclame l'exer-
cice est une actio rerum amotarum; on en ren-
contre tous les éléments (détournement de la fem-
me, commis en abandonnant la maison conjugale
c'est-à-dire divortii causa, divorce effectivement
survenu puisque peu après Tryphon convole en
secondes noces) (1). Aussi, nous devons ajouter :
c'est en raison de l'actio rerum amotarum classi-
que que Tryphon réclame, à défaut de dommages-
intérêts, la restitution des choses. La crainte de
ceux-ci, sorte de mesure comminatoire, fera peut-
être réfléchir l'épouse et l'incitera à restituer, mais
c'est seulement si la femme ne rend pas les objets
qu'elle a soustraits que sera intentée l'actio rerum
amotarum.

Enfin si, à l'époque classique, l'actio rerum amo-
tarum avait été reipersécutoire (2), les juricons-
ultes n'auraient pas éprouvé le besoin, croyons-
nous, d'affirmer, ainsi que le fait Tryphoninus (3),

(1) Oxy. Pap., II, 267.

(2) En particulier dans ce sens, F. GLUCK, *Commentario alle pandette, tradotto ed annotato p. Giannantoni e Baviera*, lib. XXV, Milano, 1907, p. 140 et s.

(3) TRYPHONINUS (D. 25, II, 29). « Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet : nam veritate furtum sit, etsi lenius coercetur mulier, quare nec a bonae fidei possessore ita res

que l'actio rerum amotarum et la reivindicatio ne pouvaient être intentées cumulativement. Il dit, en effet : « L'estimation des choses détournées se fait en se rapportant au temps où elles ont été détournées, car dans la vérité la femme est coupable d'un vol, quoiqu'elle soit punie plus légèrement. C'est pourquoi les choses ainsi détournées ne peuvent pas être prescrites même par un possesseur de bonne foi; et si la valeur des choses augmente et qu'on *refuse de les rendre*, l'estimation augmentera aussi, comme on l'observe pour les choses volées. »

Il nous donne ainsi, dans ce passage, l'attestation de l'existence de la clause « *si non restituuntur* », clause qui écarte l'application du cumul. En effet, ou bien on intente d'abord l'actio rerum amotarum et la reivindicatio n'est plus recevable car la femme, pour ne pas restituer, a payé des dommages-intérêts; ou bien on agit immédiatement au moyen de la reivindicatio et l'actio rerum amotarum ne peut plus être exercée car elle est subordonnée à la condition d'une non restitution. De son non cumul avec la reivindicatio, nous pensons pouvoir tirer argument (bien qu'Ulpien (1) décide que le mari a une action réelle et une action personnelle contre sa femme si elle détourne des

amotae usucapiuntur; sed si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei ».

(1) ULP IEN (D. 25, II, 24). « Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit et in potestate est, qua velit actione uti ».

Mais les compilateurs ont pu substituer condictio à retentio, cf. *Index Interpolationum*, *op. cit.*, colonne 109.

effets qui lui appartiennent) que l'actio rerum amotarum aurait été pénale.

Mais si l'actio rerum amotarum ne semble pas devoir être reipersécutoire, doit-elle être assimilée à une action pénale ? (1). Nous ne partageons pas entièrement cette opinion, et en voici la raison : l'actio rerum amotarum présente certains caractères de l'actio furti : elle est perpétuelle (2), elle peut aussi, comme l'actio furti, être décernée contre les complices (3) et même contre le voleur qui n'a pas réussi à se mettre en possession de la chose (4).

(1) Le caractère strictement pénal de l'actio rerum amotarum est affirmé par des romanistes italiens.

M. ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 33 et s., admet sans réserve la nature pénale de l'actio rerum amotarum et insiste surtout, pour affirmer son opinion, sur le fait que, malgré l'exclusion de l'actio furti, la femme acquiert la possession de la res amota « dolo » et commet un véritable délit.

M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, II, I, 1900, avait antérieurement, lui aussi, conclu à la nature pénale de l'actio rerum amotarum, mais il présentait son argumentation de la façon suivante : Hermogénien au Digeste (D. 25, II, 16) dit-il, déclare que lorsque les biens ont été confisqués et dévolus au fisc, l'auteur du détournement est tenu non pas au duplum mais au quadruplum tandis que l'épouse répond au simplum seulement. Pourquoi ? c'est parce qu'il faut supposer, ajoute-t-il, que l'actio rerum amotarum était normalement in duplum mais qu'à l'époque d'Hermogénien et à la suite de quelque rescrit probablement, une solution de faveur a été admise pour la femme. Mais de l'avis même de M. Zanzucchi, *op. cit.*, cette thèse est très fragile car rien ne permet d'affirmer que le fisc ait eu des raisons d'égards plus grands vis-à-vis de la femme.

(2) PAUL (D. 25, II, 21, § 5). « Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur... ».

(3) ULPEN (D. 47, II, 52, § 1, 2 et 3). « Sed et si furtum cum ea (uxori) fecit, tenebitur furti, cum ipsa non teneatur. Ipsa quoque si opem furi tulit, furti non tenebitur sed rerum amotarum. »

(4) ULPEN (D. 25, II, 19). « Sed et si divortii tempore fures in domum mariti induxerit et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, rerum amotarum iudicio tenebitur verum est itaque

Enfin, lors de son exercice, comme lors de celui de l'actio furti(1), l'estimation croîtra si la valeur des choses dérobées a augmenté(2).

Mais en revanche, sur d'autres points, l'actio rerum amotarum diffère de l'actio furti. Tout d'abord, au contraire de l'actio furti, l'actio rerum amotarum ne survit pas à la capitis deminutio (3). En second lieu, l'actio rerum amotarum comporte une clause restitutoire (4); il n'en est pas de même lorsque l'on intente l'actio furti. En troisième lieu, l'actio rerum amotarum est une actio de damno, il est tenu compte à la victime du « quod interest »(5). L'actio furti ne vise que le « verum pretium rei » (6).

L'actio rerum amotarum ne peut donc pas, entièrement, être assimilée à une action pénale. Elle ne saurait davantage l'être à une action reipersécutoire, ainsi que nous l'avons écrit au début de ce chapitre.

quod Labeo scripsit uxorem rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit ».

(1) ULP IEN (D. 47, II, 50 pr.). « In furti actione... cum pretiosior facta est, fuerit, aestimabitur... ».

(2) TRYPHONINUS (D. 25, II, 29). « .. sed si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio ut in conditione furtivae rei ».

(3) Cf LENEI, *Das Edictum perpetuum*, op. cit., p. 309 et s.

(4) POMPONIUS (D. 25, II, 8, § 1). « ...Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset ».

(5) PAUL (D. 25, II, 21 § 3). « ...Rerum amotarum actio damnum repraesentat etiam si postea dotis exactio competat. ».

§ 4 « Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est... ».

(6) ULP IEN (D. 47, II, 50 pr.). « In furti actione non quod interest quadruplatur vel duplatur, sed rei verum pretium » et HITZIG, *Pauly Wissowa*, op. cit., v^o *furtum*, colonne 395-396.

Cependant, si certains caractères de l'actio furti se retrouvent dans l'actio rerum amotarum, quelques-uns aussi de ceux qui appartiennent à la conditio furtiva passent dans l'actio rerum amotarum. En effet, comme la conditio furtiva, l'actio rerum amotarum est perpétuelle(1); toujours à l'image de la conditio furtiva (2) l'estimation qu'elle entraîne croît (3). Enfin, si la conditio furtiva s'accompagne d'une « taxatio » préalable aboutissant parfois à une promesse de restitution (4), de son côté, l'actio rerum amotarum comporte une clause restitutoire (5).

Aussi, nous croyons pouvoir conclure que l'actio rerum amotarum présente à la fois les caractères d'une action pénale et d'une action reipersécutoire. Le caractère reipersécutoire prédominera d'ailleurs de plus en plus pour devenir le seul, sous Justinien.

§ 2. — *Droit de Justinien*

A l'époque du Bas-Empire, l'actio rerum amotarum devient nettement reipersécutoire. En effet,

(1) PAUL (D. 25, II, 21, § 5), texte déjà cité.

(2) ULPIN (D. 13, I, 8, § 1). « ...Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur... ».

(3) TRYPHONINUS (D. 25, II, 29), texte déjà cité.

(4) ULPIN (D. 13, I, 8 pr.) « In re furtiva conditio ipsorum corporum competit : sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis ? et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit conditio : si non optulit, durat conditio aestimationis ejus : corpus enim ipsum praestari non potest. » ; cf. GIFFARD, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1933, p. 334.

(5) POMPONIUS (D. 25, II, 8, § 1), texte déjà cité.

ainsi que nous l'avons écrit, il y a quelques instants, la conception justinienne se trahit dans un texte attribué à Paul (1). La phrase « tam rei persecutionem continet » a sans doute été ajoutée par les compilateurs (2).

Et au Bas-Empire, le même texte par conséquent doit être pris à la lettre.

Cette transformation du caractère de l'actio rerum amotarum n'a d'ailleurs rien qui puisse nous surprendre. Dès l'époque classique déjà, si elle présentait certains caractères de l'action furti, l'actio rerum amotarum, par contre, adoptait des caractéristiques de la condictio furtiva. Et cette prédominance ou si nous pouvons ainsi nous exprimer, la survie du caractère reipersécutoire au caractère pénal, s'est réalisée ainsi : dès la fin de l'époque classique, l'actio rerum amotarum réside dans une menace de dommages-intérêts à défaut de restitution de la chose, mais peu à peu la mesure comminatoire pour obtenir réparation du dommage se confond avec la réparation même.

Avec Justinien, l'actio rerum amotarum est complètement assimilée à la condictio furtiva. Mais, comme le nouveau caractère du mariage, l'affectio maritalis et non plus le concept de societas vitae, s'oppose à toute poursuite entre époux, on maintient toujours les termes d'actio rerum amota-

(1) PAUL (D. 25, II, 21, § 5). « ...haec actio (rerum amotarum) licet ex delicto nascatur tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva... »

(2) Cf. *Index interpolationum*, op. cit., colonne 109.

rum (1). On peut ainsi voiler le fait matériel de la soustraction que les notions de respect et de révérence mutuelle que se doivent les conjoints commandent d'ignorer.

SECTION II

Quand exerce-t-on l'actio rerum amotarum ?

§ 1^{er} — Époque classique

La première question qu'il importe de connaître est de rechercher dans quels cas et à quelles conditions est décernée l'actio rerum amotarum. Nous renverrons à une troisième section l'étude de ses modalités d'exercice, et notamment de sa possibilité d'être intentée par chaque époux contre l'autre.

La soustraction doit tout d'abord avoir été opérée en vue du divorce. Un grand nombre de textes

(1) C. V. 21, 2 (Impp. Dioclétien et Maximien an. 293). « Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio constante etenim matrimonio neutri eum neque poenalis neque famosa actio competit sed de damno in factum datur actio ».

C. V 21, 3 (Impp. Dioclétien et Maximien, an. 293) « De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abtulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, quod si res extant, domini vindicatione uti non prohiberis.

C. VI, 2, 22, § 4 c (Imp. Justinien, an. 530). « ...Si enim domino dedimus electionem ad quem voluit pervenire, sive ad eum qui rem commodatam accepit, sive contra eum qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat... »,

le supposent (1), quelques-uns l'exigent formellement (2).

Elle peut se placer soit avant le divorce, soit au moment même où il a lieu, *divortii tempore* (3). C'est Ofilius, dont le témoignage nous est rapporté par Paul (4), qui déclare que la res doit être « *amota* » *divortii tempore*.

Par contre, postérieurement aux *Veteres*, l'expression *divortii tempore* est délaissée. Ainsi Marcien (5) tient le langage suivant : « L'action des choses détournées a lieu dans le cas où le conjoint a détourné des effets appartenant à l'autre, dans le dessein de faire le divorce. » Besoin n'est plus, comme au début de l'époque classique avec Ofilius, que la soustraction soit opérée à l'instant même de la dissolution du mariage, c'est-à-

(1) PAUL (D. 25, II, 6 pr. et 3). « ...socerum ob res divortii causa amotas furti agere non posse... ».

« ...si post divortium maritus decesserit, heres ejus rerum amotarum judicio uti potest... ».

PAUL (D. 25, II, 21). « Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam divortisset, si... ».

ULPIEN (D. 25, II, 11, § 1). « ...cogitur adversarius jurare nihil divortii causa amotum esse... ».

(2) ULPIEN (D. 25, II, 17, § 1). « Divortii causa res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, cum divortii consilium inisset... ».

MARCELLUS (D. 25, II, 20). « Si rem, quam maritus bona fide emerat... idque fecit divortii causa, rerum amotarum judicio damnabitur ».

(3) PAUL (D. 25, II, 3, § 3). « ...Item verum est quod Ofilius ait etiam eas res, quas divortii tempore mulier comoderit vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit... ».

(4) *Idem*.

(5) MARCIEN (D. 25, II, 25). « Rerum quidem amotarum judicium sic habet locum; si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit... ».

dire lorsque, répudiée, l'épouse quitte la maison conjugale.

La raison de cette évolution est facile à saisir : au début de la République, l'épouse est mariée cum manu. Pratiquement, elle ne possède rien, tout appartient au mari. Il ne lui est donc guère possible d'effectuer une soustraction qu'il lui sera difficile de dissimuler.

Au contraire, plus tard et lorsque le mariage sine manu l'emporte, l'épouse devient indépendante et conserve ses biens propres. Dès lors, pendant le mariage et dans le dessein de divorcer ensuite (1), elle pourra être tentée de voler le mari.

En second lieu, il est nécessaire que le divorce en vue duquel les objets ont été soustraits, s'accomplisse; « l'actio rerum amotarum n'a lieu que si la soustraction a été faite en prévision du divorce et que si le divorce a suivi, dit Marcien » (2).

Cette nouvelle condition d'exercice de l'actio rerum amotarum s'explique par une évolution juridique. Elle découle de l'arbitrium rei uxoriae (3). En effet, lors de celui-ci, le mari était condamné à la restitution de la dot, déduction faite de ce qu'il pouvait retenir à divers titres : tout au moins propter mores, liberos, res amotas, origine des

(1) Il est intéressant d'opérer ici un rapprochement avec les donations « divortii causa ». Des donations entre époux sont reconnues valables alors que le mariage est dissous, si elles ont été faites divortii causa, et PAUL (D. 24, I, 12, § 7), précise qu'elles doivent être adressées au moment du divorce. Cf. F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, thèse, Paris, 1928, p. 148 et s.

(2) MARCIEN (D. 25, II, 25), texte déjà cité.

(3) CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1928, p. 183.

futures retentiones (1). Mais, dans certains cas, la restitution de la dot, étant l'objet d'une « cautio », cet arbitrium ne pouvait que l'homologuer. Il fallait donc que le mari intente une poursuite séparée contre la femme s'il l'estimait redevable envers lui. On sait que cela lui fut toujours refusé propter liberos (2), mais qu'un « judicium de moribus » existait, sans doute, sous l'influence de la coutume exclusivement (3).

Lors de la transformation de l'arbitrium rei uxoriae en judicium praetorianum, c'est-à-dire en une actio rei uxoriae (4), toujours conçue in aequum et bonum, les retentiones précédentes demeurèrent, mais se sont accrues sans doute de celles : propter, impensas et res donatas. A défaut de la retentio propter mores est apparue l'actio de moribus (5).

Il en a été de même dans le cas de vol de la femme. Ou bien une retentio (6), ou bien si la restitution doit être intégrale, si le vol n'a pas été découvert, un judicium particulier : l'actio rerum

(1) Cf. notamment M. NOAILLES, *les Tabous du mariage*, op. cit.

(2) CICERON, *Top.* 4; ULPEN, *Regulae*, VI, 10.

(3) Cf. BECHMANN, *Das römische Dotatrecht*, I, p. 189.

CZYLARZ, *Das römische Dotatrecht*, op. cit., p. 337.

(4) Cf. R. MONIER, op. cit., t. 1, p. 347 et littérature citée.

(5) *Das Edictum perpetuum*, op. cit., p. 310. Pour P.-F. GIRARD, op. cit., p. 1011 et 1012, au contraire, le judicium rerum amotarum aurait fait naître la retentio propter res amotas, cet auteur faisant naître l'actio rei uxoriae après la cautio rei uxoriae.

(6) C'est sans doute cette jurisprudence qui a fait naître la notion de res amotae, choses emportées par la femme opposée à celle de res uxoriae, choses attribuées à la femme, d'après la décision du même tribunal : le consilium propinquorum. Cf. chapitre premier, époque classique.

amotarum (1). Et c'est parce que l'actio rerum amotarum s'est greffée sur l'arbitrium rei uxoriae que l'accomplissement du divorce est exigé « divortio secuto ». La même raison fait échapper à l'actio rerum amotarum les détournements commis pendant le mariage mais non en vue du divorce ainsi que ceux perpétrés durant le mariage dissous par la mort et non par le divorce.

Ces différentes considérations nous permettent d'élargir l'étude de la procédure lors d'un furtum entre époux. Nous distinguerons donc successivement la répression du vol commis pendant le mariage « divortio secuto », la répression du vol commis pendant le mariage, le divorce n'ayant pas suivi; celle du vol commis « constante matrimonio » mais dont le mari ne s'est aperçu qu'après le divorce; enfin la répression du vol commis pendant le mariage mais dissous par la mort du mari.

A. — RÉPRESSION DU VOL COMMIS PENDANT LE MARIAGE,
DIVORTIO SECUTO

Nous examinerons ici deux hypothèses suivant que la femme est filiafamilias ou non. Dans le premier cas se pose en effet la question des rapports du mari avec le beau-père ayant par hypothèse la patria potestas sur la filiafamilias uxor et voleuse.

a) *Uxor filiafamilias*

Fulcinius et Mela (2), dont le témoignage nous est rapporté par Paul, déclarent que si la femme

(1) *Das Edictum perpetuum*, op. cit., p. 309 et s.

(2) PAUL (D. 25, II, 3, § 4). « Si filiafamilias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam

est encore fille de famille et a détourné les biens de son mari, celui-ci aura à cet égard contre son père une action jusqu'à concurrence du pécule de la fille, parce qu'on n'a pas jugé à propos que le mari puisse intenter contre cette femme ni l'action pénale de vol, ni l'action des choses détournées in ipsam. Mais, poursuit Paul, si le père forme la demande de la dot conjointement avec sa fille, on ne lui accordera pas d'action à moins qu'il n'offre avec caution de défendre en entier sa fille contre l'action des choses détournées que le mari veut intenter contre elle.

M. Huvelin (1) prétend que l'actio ainsi décernée contre le père de la filiafamilias n'est autre qu'une *condictio ex causa furtiva*. Elle atteint le *paterfamilias* de l'*amovens* et non l'*amovens* même et, ajoute M. Huvelin, il en est ainsi toutes les fois qu'un détournement est commis par un *alieni juris*; les devanciers de Sabinus, et Mela en est un, ignorent en effet la règle : *Ex furtiva causa filio condici potest* (2).

Mais affirmer ainsi que l'actio décernée in patrem, à la suite du vol commis à la faveur du mariage par l'épouse encore filiafamilias, est bien une *condictio ex causa furtiva*, oblige de passer

furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adjuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat ».

(1) *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, t. I Les sources, 1915, p. 625 et s.

(2) HUVELIN, *op. précité*, p. 599 et s.

sous silence tous les textes qui la dénomment *actio rerum amotarum*.

Or ces passages sont nombreux (1). M. Huvelin les déclare néanmoins interpolés et conclut à l'exclusion originaire de l'*actio rerum amotarum* (2).

Mais, si séduisante que soit cette opinion (3), nous croyons qu'elle doit être écartée. En effet, M. Huvelin prétend tout d'abord que l'*actio rerum amotarum* n'avait pas lieu de s'appliquer. Cependant il ne nous donne pas le motif qui commandait le rejet de l'action des choses détournées. Il semble, au contraire, que la qualité d'épouse de la

(1) ULP IEN D. 15, T, 3, § 12). « Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur : et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam : idem Labeo probat quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune nam est circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio ».

PAUL (D. 25, II, 3, § 4). « .. sed mortua filia, quod ad patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit... ».

PAPINIEN (D. 25, II, 5). « Viva quoque filia, in patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est ».

(2) HUVELIN, *op. cit.*, p. 631. « Lorsque la femme mariée était in manu, dit M. Huvelin, l'*actio rerum amotarum* et non l'*actio furti* sanctionnait ses détournements parce que l'épouse, disaient Nerva et Cassius, est en quelque sorte copropriétaire des biens de son époux. Or, lorsque la femme mariée qui avait commis le détournement n'était pas tombée sous la manus, mais était demeurée sous la puissance du pater familias, l'*actio rerum amotarum* n'avait pas lieu de s'appliquer. Et M. Huvelin ajoute : rien d'étonnant à ce que l'on en revint aux sanctions ordinaires du furtum, le mari devait pouvoir intenter contre sa femme l'*actio furti* et la *condictio ex causa furtiva*. Nous ignorons quand il a perdu ce droit pour l'*actio furti*, il l'a conservé plus longtemps pour la *condictio ex causa furtiva* puisqu'il l'exerce au temps de Mela et Fulcinius... ».

(3) *Idem*.

femme, encore filiafamilias certes, mais épouse d'abord, suffisait à interdire l'exercice de l'actio furti.

En second lieu, M. Huvelin prétend que le mari, qui pouvait intenter contre sa femme l'actio furti et la condictio ex causa furtiva, aurait perdu ce droit pour l'actio furti; mais il ne nous fournit aucun texte à l'appui de cette existence simultanée de l'actio furti et de la condictio ex causa furtiva et de la perte du droit pour le mari d'intenter l'actio furti.

Si nous écartons l'hypothèse d'une condictio ex causa furtiva, devons-nous admettre avec M. Micolier (1) que les jurisconsultes classiques traitaient « d'une égale manière » en ce qui concerne la responsabilité du paterfamilias, l'actio rerum amotarum et la condictio ex causa furtiva ? Ils ne permettaient d'intenter ni l'une ni l'autre contre le père, soit noxalement, soit de peculio, mais donnaient contre lui-même une action utile, « in id quod ad patrem pervenit ».

Nous ne le pensons pas, car cette opinion semble mal s'accorder avec la logique romaine, et nous croyons qu'il est préférable de croire à une actio rerum amotarum noxale (2). Pourquoi ? Parce qu'à l'époque classique, on admet que l'épouse encore filiafamilias qui, à la faveur du mariage et divortii

(1) G. MICOLIER, *Etude sur le pécule dit profectice depuis l'édit de peculio jusqu'à la fin de l'époque classique*, thèse, Lyon, 1932 p. 720.

(2) Cf. dans ce sens : BIONDO-BONDI, *Les actions noxales nel diritto romano classico* (Annali Palermo, t. X, 1925, p. 61 et 106).

PAMPALONI, *Sopra la condictio furtiva* (Studi Senesi, t. 16, 1899, p. 229).

causa, vole des objets appartenant au mari, commet un véritable vol et ceux qui ne l'admettent pas exactement ont en vue une femme in manu; ce n'est évidemment pas le cas ici (1). Or, qui dit furtum, dit action spéciale pour le sanctionner. Cette action ne sera pas l'actio furti, mais l'actio rerum amotarum, car l'épouse, filiafamilias ou non, est la « socia » du mari et il existe entre les conjoints une « societas vitae ».

Mais cette action pénale ne pourra pas être dirigée contre la filiafamilias qui se trouve encore sous la puissance de son paterfamilias; elle sera donnée noxaliter (2), à l'encontre de son paterfamilias.

L'action décernée contre le père lorsque l'auteur du vol est une épouse encore filiafamilias est une actio rerum amotarum donnée noxaliter (3).

(1) En effet, quand Mela et Fulcinius (D. 25. II, 3, § 4, déjà cité) déclarent que la filia familias n'est pas obligée furti, cela veut dire uniquement qu'on ne peut pas intenter contre elle l'actio furti. Mais cela ne signifie pas qu'elle ne commet pas de furtum. Sabinus et Proculus, entre autres (D. 25. II, 1, déjà cité), professent qu'elle commet bien un vol « ...alii», ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat sed furti non esse actionem constituto jure ».

(2) L'action noxale est admise en effet chaque fois que le délinquant est alieni juris et nous devons décider avec M. GIRARD (*Les Actions noxales, Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1887, p. 422 et s.) qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer la règle aussi bien à la personne in manu qui est loco filiae qu'à la filia elle-même.

(3) M. LÉVY (Ernst), *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen in klassischen römischen Recht*, t. 1, Berlin, 1918, p. 445 et s., pense que le passage de Paul (D. 25. II, 3, § 4, déjà cité) évoque la controverse qui s'est élevée parmi les anciens au sujet de l'origine délictuelle ou non de l'actio rerum amotarum. Mela et Fulcinius, à son avis, auraient contesté cette origine délictuelle et en conséquence donné de peculio l'actio rerum amotarum. Mais il n'est guère possible de croire que des jurisconsultes, si peu nombreux soient ils,

Qu'advient-il, si le *furtum*, au lieu d'être ainsi perpétré, est commis par le mari, encore *filius-familias*, au préjudice de son épouse ? Cette hypothèse a été envisagée par les jurisconsultes. Paul au Digeste (2), nous rapporte, en effet, qu'Atilicinus et Fulcinius décident que si le mari, *filius-familias*, dérobe la dot remise à sa femme, on devra appliquer ce qui a été dit à propos de l'épouse encore fille de famille.

Cette opinion est-elle vraiment celle d'Atilicinus et de Fulcinius ? Nous ne le pensons pas, et en voici la raison. Tout d'abord, à l'époque classique, ainsi que nous l'avons écrit, l'*actio rerum amotarum* est dirigée contre l'épouse seule. A l'encontre du mari est toujours possible l'*actio furti*.

Or, si l'on admet qu'à l'égard du mari l'action des choses détournées ne peut jamais être exercée, on doit a fortiori décider que lorsqu'il se trouve encore *filiusfamilias* on ne peut, contrairement à ce qui se passe s'il s'agit d'une *filiafamilias*, décerner contre son père une action *rerum amotarum noxale*.

En outre, Atilicinus, préteur en 65 après Jésus-Christ, est contemporain de Caelius Sabinus, qui fut consul quatre ans après. Or, Sabinus lui-même déclare (3) que la *condictio ex causa furtiva* peut

aient considéré comme un *negotium gerere*, le *res amovere* de la *filia uxor*. En effet à supposer, ce qui n'est pas vrai nous l'avons écrit, que la soustraction faite par la femme ne soit pas un délit, il n'en résulte pas que ce soit un *negotium*.

(2) PAUL (D. 25. II, 6) « Atilicinus et Fulcinius aiunt... si *filius familias maritus sit... eadem repetemus, quae de filia familias diximus...* ».

(3) PAUL (libro nono ad Sabinum, D. 13. I, 5) « *Ex furtiva causa filio familias condici potest...* ».

être intentée contre le *filiusfamilias* à raison des *furta* commis par lui. Et, précisément, la *condictio ex causa furtiva* est une action *reipersécutoire* et par conséquent non susceptible d'être donnée *noxaliter*.

Ce passage trahit la main des compilateurs, car ce n'est qu'à l'époque justinienne que mari et femme seront placés sur un pied d'égalité quant à la répression des vols qu'ils ont pu commettre entre eux, et c'est seulement à partir de ce moment qu'il n'existe plus, pour la *filiafamilias*, d'abandon *noxal* (1).

b) *Uxor sui juris*

Dans ce cas, la répression consiste dans l'exercice, par le mari, de l'*actio rerum amotarum*. Le *furtum* de la femme réunit en effet les deux conditions d'application de l'*actio rerum amotarum* (vol commis en vue de divorce et le divorce ayant suivi). Nous étudierons, dans un instant, dans une prochaine section, les modalités de cette action dont nous avons vu au début de cette section les conditions d'application.

B. — RÉPRESSION DU VOL COMMIS PENDANT LE MARIAGE,
LE DIVORCE N'AYANT PAS SUIVI

Nous supposerons naturellement que le mariage est *sine manu*; dans le cas contraire, c'est un *judicium domesticum* qui déterminera la sanction, car

(1) JUSTINIEN (Inst., 4, 8, § 7) « Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt .. Quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus .. ».

il n'y a pas, au point de vue juridique proprement dit, un véritable vol.

Si la femme est sui juris, Marcien (1) affirme expressément que l'actio rerum amotarum ne peut s'exercer. Par ailleurs, l'actio furti s'y trouve, semble-t-il, implicitement écartée. En effet, on ne comprendrait pas que la femme puisse être poursuivie par cette action pendant le mariage, car les raisons pour lesquelles elle est exclue (2) : quodammodo domina, adoucissement des règles ordinaires, en un mot notion de la societas vitae, sont aussi fortes sinon plus à l'égard de la femme mariée, aussi bien qu'à l'égard de l'épouse venant de divorcer.

Marcien ne donne contre elle, indépendamment sans doute, de la reivindicatio toujours possible, qu'une condictio. Ce texte est, il est vrai, très discuté (3), mais il ne semble pas qu'il y ait là autre chose que la mention d'une condictio analogue à celle que l'on intente contre un voleur ordinaire. Peut-être les classiques ne l'ont jamais appelée « ex causa furtiva » en raison du traitement particulier fait à la femme voleuse, mais simplement « ex injusta causa », de même que l'action donnée

(1) MARCIEN (D. 25, II, 25) « Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit sed si in matrimonio uxor marito res subfraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest .. ».

(2) Cf. *supra*, Historique de la répression, époque classique, p. 18 et s.

(3) *Index interpolationum*, *op. cit.*, colonne 110. — LENEL, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff Kohler*, I, 1915, considère au contraire ce texte comme classique.

pour faire valoir la prohibition des donations entre époux. Cependant, c'est bien ici les choses volées qui font la base de la réclamation, Marcien nous disant que la *condictio* porte « *ipsas res* » et non pas sur l'enrichissement de la femme, comme si elle avait été bénéficiaire d'une libéralité du mari.

Cette *condictio* d'un *incertum* aurait vraisemblablement comporté une *taxatio* (1) remplaçant l'évaluation par serment du mari dans l'*actio rerum amotarum* (2).

C. — RÉPRESSION DU VOL COMMIS PENDANT LE MARIAGE
MAIS DONT LE MARI NE S'EST APERÇU QU'APRÈS LE DIVORCE

Pour un vol de ce genre, il n'y avait sans doute pas d'action pénale, le mari ne pouvant s'en préoccuper qu'à lui-même de l'avoir ignoré. Seuls lui étaient possibles les moyens reipersécutoires. Mais lors de l'emploi fréquent du divorce depuis le célèbre de *Spurius Carvilius Ruga* aux dires de *Servius Sulpicius* que cite *Aulu Gelle* (3) et en tout cas avec le développement du mariage *sine manu*, la *retentio propter res amotas* n'était plus possible.

(1) Sur cette *taxatio* d'une *condictio* d'un *incertum* comme la *condictio ex causa furtiva*, cf GIFFARD, *La condictio avec « taxatio » et la « certi condictio »* (D. 12, I, 9), *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1936, p. 769 et s.

(2) D. 25, II, 29.

(3) AULU. GELLE, *Noctium Atticarum*, libri XX, IV, 3 et VALÈRE Maxime, *De edictis factisque memorialibus*, 2, 1, 4. La date de ce divorce se place entre 519 et 527 ab. U. C. — Sur l'exactitude relative des affirmations d'Aulu. Gelle, cf. GIRARD, *op. cit.*, p. 176, note 5 et CUQ, *op. cit.*, p. 183, note 1.

Dans ce cas, le mari, vraisemblablement, devait veiller lui-même, lors du départ de la femme, à reprendre personnellement ce qu'elle pouvait emporter. Mais s'il ne pouvait empêcher un larcin de la femme, allait-il pouvoir, indépendamment des moyens reipersécutoires intenter contre elles l'actio furti nec manifesti ordinaire ? On ne lui a sans doute pas reconnu ce droit. Il pouvait alors, avant la période classique, intenter uniquement une rei persecutio par revendication et peut-être aussi par une action per sacramentum in personam (1) plus tard une condictio (2). Ces deux dernières précédées d'une estimation de la valeur de la chose volée (3) devaient être intentées toutes les fois que la voleuse en était devenue propriétaire, dans la mesure où la loi des XII Tables l'avait permis (4). Après la loi Atinia de la fin du VI^e siècle ou du début du VII^e siècle (5) la femme, comme tout voleur n'acquérant plus la propriété des objets volés, cette condictio n'avait plus sa raison d'être.

Mais pour les voleurs ordinaires on la conserve traditionnellement afin de renforcer les possibilités de poursuite qu'offrait déjà contre eux l'actio

(1) A.-E. GIFFARD, *Petit précis élémentaire de droit romain*, Paris, 1938, p. 102, note 2.

(2) GAIUS, *Inst.* IV, 20.

(3) L'arbitrium liti aestimandae, cf. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 171. Et ce serait là l'origine du jusjurandum du mari remplaçant ici la taxatio d'une condictio ordinaire relative à un incertum.

(4) GIRARD, *op. cit.*, p. 331, note 4 et 332, note 3, contrairement à HUVELIN, *op. cit.*, p. 291-297, admet que la loi des XII Tables aurait prononcé l'interdiction d'usucapion au moins pour certaines choses volées.

(5) GIRARD, *op. cit.*, p. 331, note 5.

furti (1) Gaius dira plus tard « odio furum » (2). A l'égard de la femme, on la maintient aussi pour accentuer la répression mais au lieu de s'ajouter à une actio furti, elle est considérée comme en tenant la place.

C'est cette situation que le prêteur a traduite dans son édit par la création d'un *judicium* qualifié encore par Paul « *singulare* » (3). Il prend le nom de cet ensemble de choses dont la notion aurait été introduite par la jurisprudence des *arbitria rei uxoriae: actio rerum amotarum*.

Sur certains points, elle se rapproche de l'*actio furti* qu'elle remplace, sur d'autres elle conservera le caractère de la *condictio* qu'elle était à l'origine, et qui, intentée dans d'autres cas, a pris le nom de *condictio furtiva*. Ainsi peut s'expliquer sa double nature.

D. — RÉPRESSION D'UN VOL COMMIS PENDANT LE MARIAGE
DISSOUS PAR LA MORT DU MARI

Si l'épouse a commis un vol pendant le mariage et si le mari meurt, les héritiers, pas plus que leur

(1) S. PERROZI, *Instituzioni di diritto romano*, 2^e édit., Rome, 1928, II, p. 333. Il ne semble pas y avoir de raisons pour faire du maintien de la *condictio*, dans l'hypothèse du vol entre époux, la cause même de la création de la *condictio ex causa furtiva*, comme l'affirme MOMMSEN, *Romisches strafrecht*, p. 737, combattu par HIRTZIG, *SCHWEIZ Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte*, XIII, p. 219 et s. Il n'y en a pas plus pour dater cette *condictio* de la loi *Calpurnia repetundarum*, cf. GIRARD, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XIX, p. 417 et la littérature citée, *op. cit.*, p. 439, note 2.

(2) GAIUS, IV, 4.

(3) PAUL (D. 25, II, 1 pr.), texte déjà cité.

auteur ne peuvent intenter l'actio furti (1) Mais Ariston leur donne la *condictio ex injusta causa* (2) indépendamment de la *reivindicatio*. C'est la même action que celle que nous avons rencontrée dans l'hypothèse où le vol avait été commis pendant le mariage, le divorce n'ayant pas eu lieu.

Après Ariston, le possesseur malhonnête est assimilé à celui qui se croit héritier et passible de la *petitio hereditatis* (3). Celle-ci a d'ailleurs pour objet de faire obtenir à l'héritier la réparation de toute la perte subie du fait de la prise de possession par un tiers des biens du défunt (4). Dans ces conditions, la *condictio* précédemment utilisée contre la femme devenait inutile. Aussi, Paul rappelant le passage d'Ariston, semble-t-il considérer qu'il y a là une affirmation ayant seulement un caractère historique (5). Il mentionne avant tout la *petitio hereditatis* et la *reivindicatio* pour permettre aux héritiers de reprendre les biens volés par la femme (6).

Dans l'hypothèse où la femme dérobera les biens du mari après sa mort et avant toute addition d'hérédité, il n'y a pas non plus vol. Il y a lieu à application d'une règle générale excluant ce délit

(1) Cf. GIRARD, *op. cit.*, p. 432.

(2) PAUL (D. 25, II, 6, § 5). « ...heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex injusta causa apud eam essent... ».

(3) R. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 612.

(4) R. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 617. CUQ, *op. cit.*, p. 758 et s.

(5) PAUL (D. 25, II, 6, § 5). « ...Aristo et condici ei posse recte putat... ».

(6) PAUL (D. 25, II, 6, § 4). « ...Sed si morte mariti solum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit... ».

à l'égard de l'hérédité jacente (1). Les héritiers du mari pourront alors également intenter comme le reconnaît Paul la revendication ou la pétition d'hérédité (2).

Si le vol de la femme a lieu *mortis causa*, au cas de mort du mari, ses héritiers jouiront de l'exercice de la *petitio hereditatis* et de la *reivindicatio* (3). C'est entre Ariston et Julien que l'héréditatis *petitio* a pu remplacer la *condictio ex injusta causa*, en raison sans doute des réformes d'Hadrien.

Lorsque, par contre, l'épouse a commis une soustraction parce qu'elle désespérait de l'état de son mari malade, celui-ci, s'il recouvre la santé, pourra intenter contre elle une *actio rerum amotarum utile* (4).

En résumé, la procédure qui peut naître à la suite d'un délit de vol perpétré par l'épouse au préjudice de son mari, constitue un véritable maquis. On peut toutefois dégager que l'*actio rerum amotarum* ne pourra être intentée que lorsque l'épouse aura volé pendant le mariage « *divortii causa* » et le divorce ayant été accompli ou quand,

(1) R. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 598.

(2) PAUL (D. 25, II, 6, § 6). « ..Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum : ideoque aut vindicari poterunt aut in hereditatis petitionem venient ».

(3) JULIEN (D. 25, II, 22, § 1). « ...Si mulier mortis causa res amoverit deinde mortuus esset maritus, hereditatis petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est ».

(4) PAUL (D. 25, II, 21 pr.). « Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est ».

avons-nous aussi écrit, elle aura dérobé toujours *divortii causa* et que le mari ne se sera aperçu que postérieurement au divorce du vol dont il a été victime.

Il est bien évident que si, à la suite du divorce, un vol est commis par l'ex-épouse au préjudice de son mari, la répression ordinaire du vol jouera comme entre tiers.

§ 2. — *Époque du Bas-Empire*

Dans le droit de Justinien, l'*actio rerum amotarum*, qui est nettement reipersécutoire (1), pourra être intentée dans certains cas que nous allons brièvement étudier.

Tout d'abord, comme à l'époque classique, l'*actio rerum amotarum* sera toujours décernée si le *furtum* a eu lieu pendant le mariage « *divortii causa* » et si le divorce a eu lieu « *divortio secuto* » (2). La femme voleuse, la défenderesse, est supposée, bien entendu, *sui juris*. Si elle est *alieni juris*, c'est-à-dire encore soumise à la *patria potestas* de son père, il n'y aura plus lieu, ainsi qu'à l'époque classique, à une *actio rerum amotarum noxale* (3).

(1) Cf. *supra*, p. 70 et s.

(2) *C. V. 21, 2*. « *Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio* ». Et désormais, nous allons l'écrire dans quelques instants, pareille action peut être décernée aux mêmes conditions aussi bien contre l'épouse que contre le mari, voleurs.

(3) Cf. *supra*, p. 76 et s.

Justinien (1) supprime en effet l'abandon noxal pour les fils et les filles de famille.

Si la chose a été soustraite pendant le mariage, dissous par la mort du mari, à l'époque classique, les héritiers du mari ne pouvaient intenter contre la femme qu'une *condictio ex injusta causa* (2). Une constitution de Dioclétien et Maximien de 290 ou 293 établit désormais la responsabilité de l'héritier de la femme (et à fortiori, ajouterons-nous, de la femme) coupable d'avoir dérobé des choses au mari *divortii causa*. Cette responsabilité est en fonction de la mesure où les choses sont parvenues (3).

Si l'objet a été dérobé pendant le mariage, en vue du divorce, mais le divorce ne s'étant pas réalisé, à l'époque classique (4), seule une *condictio ex injusta causa* sans doute pouvait être intentée contre la femme. Une constitution de Dioclétien et Maximien donne à l'un et à l'autre des époux, puisque l'égalité quant au point de la vue de la répression du *furtum* perpétré entre conjoints est un principe justinien (5), une *actio in factum de damno* (6). Cette *actio in factum* est-elle différente

(1) JUSTINIEN, *Inst.* 48, §7. « Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt... quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare. ut paene per corpus... ».

(2) Cf. *supra*, p. 87 et s.

(3) C. V. 21, 3 « De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abtulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed quantum ad eos pervenit... ».

(4) Cf. *supra*, p. 82 et s.

(5) Cf. *infra*, p. 93 et s.

(6) C. V. 21, 2. « ...constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio... ».

de la *condictio* classique. En réalité, il semble que le texte soit interpolé et nous nous trouverions en présence de cette action générale *praescriptis verbis* qui remplace à l'époque byzantine à la fois l'*actio in factum* et la *condictio de l'incertum*.

SECTION III

Modalités et conséquences de l'*actio rerum amotarum*

§ 1^{er}. — *Époque classique*

L'*actio rerum amotarum* est donnée à l'encontre de la femme, au cas de vol de sa part, à propos de toutes les choses dont le mari est propriétaire sans apporter de distinction pour celles qui lui ont été remises en dot. Le mari a d'ailleurs la dot « in bonis » (1). Elle s'applique même aux objets qui lui ont été remis en gage (2) et à ceux qu'il a achetés de bonne foi (3).

La notion de détournement est aussi large que celle du *furtum*. La soustraction de l'épouse englobe le vol ordinaire dont elle ne se différencie que par deux circonstances (*divortii causa* — *divortii secuto*). Ainsi les choses sont regardées comme *amotae* à l'égard du mari lorsque la femme les dissipe, les vend, les donne, les consomme d'une

(1) R. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 349 et littérature citée.

(2) ULPIN (D. 25, II, 17, § 3), déjà cité.

(3) MARCELLUS (D. 25, II, 20), *id.*

manière quelconque (1) ou lorsqu'elles ont cessé d'exister (2).

Les objets seront toujours réputés soustraits quand bien même ils ne l'auraient pas été par la femme mais pour elle néanmoins. L'esclave de la femme qui a dérobé pour elle des objets appartenant au mari ne commet pas de vol lui-même puisqu'il n'a aucun intérêt dans la soustraction. Il ne peut pas davantage être le complice du voleur puisque la femme n'est pas traitée comme telle. La femme sera poursuivie par l'actio rerum amotarum (3) nous dit Pedius, mais à condition bien entendu, que les objets aient été soustraits en vue du divorce et que le divorce ait été accompli.

Si le mari exerce l'actio rerum amotarum contre la femme, nous dit Ulpien, la compensation aura lieu, mais ce texte est à n'en pas douter interpolé (4), d'autant plus (ainsi que nous allons l'écrire dans quelques instants) que l'actio rerum amotarum, au contraire de ce que dit Ulpien, dans ce même passage n'est jamais décernée à la femme à l'encontre du mari.

Un autre point très intéressant et qui se rattache aux modalités de l'actio rerum amotarum est de connaître à qui et contre qui est décernée l'action

(1) PAUL (D. 25, II, 3, § 4), déjà cité. (1 bis). JULIEN (D. 25, II, 17 § 4). « ...verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt... ».

(2) *Idem*.

(3) PAUL (D. 25, II, 21, § 1). « ...si servus mulieris jussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet nec videre furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat, esse non debeat : sed rerum amotarum actio erit ».

(4) Cf. *Index Interpolationum*, *op. cit.*, colonne 107.

des choses détournées. L'étude du fondement même de la concession de l'actio rerum amotarum au lieu et place de l'actio furti nous a déjà laissé entrevoir qu'à l'époque classique, l'actio rerum amotarum était donnée seulement au mari contre la femme (la réciprocité ne sera admise qu'au temps de Justinien).

M. Esmein (1) s'est attaché à démontrer historiquement la véracité d'une telle hypothèse: « de plus en plus, dit-il, on a clairement observé, qu'à l'origine, l'actio rerum amotarum était donnée au mari contre la femme, jamais à la femme contre le mari » et il étaye son raisonnement sur le but même de l'actio rerum amotarum. L'action des choses détournées, poursuit-il, n'a été primitivement créée qu'en vue du mariage avec manus et on comprend ainsi qu'elle n'ait pu être dirigée que contre la femme. En effet, d'une part, la femme seule peut être répudiée; d'autre part, l'hypothèse d'un vol commis par le mari au préjudice de sa femme se conçoit difficilement. Tout appartient à l'époux, il est le chef du ménage et le propriétaire de tout le patrimoine familial, y compris la dot apportée par la femme.

Ces considérations historiques sont d'une très grande valeur; mais pour permettre de conclure encore plus catégoriquement à la non réciprocité de l'exercice de l'actio rerum amotarum, nous allons

(1) ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique, Droit romain*, 1886, p. 27 et s.

rechercher dans les textes la confirmation d'une pareille règle (1).

Paul (2), un des premiers, affirme que l'action des choses détournées est seulement décernée contre la femme. Ulpien (3) et Marcien (4) le suivent dans cette voie.

En outre, l'édit du préteur urbain « De rebus amotis » (5) ne connaît que les soustractions commises par la femme. Et la raison en est bien simple: la nécessité d'un « *judicium singulare* » ne pouvait se rencontrer à l'égard du mari parce que, contre lui l'*actio furti* n'était pas repoussée.

En effet, il existe plusieurs textes où l'on devrait rencontrer l'*actio furti* mais les compilateurs lui ont substitué l'*actio rerum amotarum*.

Ainsi Ulpien (6) étudie le point de savoir si les effets que l'*uxor* a apportés dans la maison du mari appartiennent au mari ou au contraire ne consti-

(1) Cf. ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 3 et s.

BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *diritto di famiglia*, 1925), p. 209.

(2) PAUL (D. 25, II, 1). « *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit...* ».

(3) ULP IEN (D. 25, II, 25). « *Nihil interest utrum simul an separatim habitaverunt, cum actio rerum amotarum competat etiam adversus eam quae ex ea domo subtrahit in qua non simul cum viro habitavit* ».

(4) MARCIEN (D. 25, II, 25). « *...sed si in matrimonio res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio tamen ipsas res maritus condicere potest...* ».

(5) *Das Edictum perpetuum*, *op. cit.*, p. 308.

(6) ULP IEN (D. 23, III, 9, § 3). « *...ne, si quandoque separatio fiat, negetur : et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit : si minus, agetur rerum amotarum, si animo amovendis maritus eas restineat aut ad exhibendum si non amovere eas connisus est* ».

tuent qu'un dépôt entre ses mains et en particulier il cherche, au cas de dissolution du mariage et si le mari refuse de les rendre, quelle sanction peut être prise à son égard. En définitive, il tranche ainsi la question : si le mari s'est chargé de la garde « custodia » des effets apportés par l'épouse, la femme aura contre lui l'action directe de dépôt ou de mandat; sinon, elle pourra exercer l'actio rerum amotarum dans le cas où le mari retient les effets avec l'intention de les soustraire « ... si minus agitur rerum amotarum, si animo amovendis maritus eas retineat... »

Au contraire, si le mari conserve les effets par devers lui mais sans avoir l'idée de les dérober, l'épouse intentera l'action en représentation (actio ad exhibendum), Or, ce texte, dit M. Zanzucchi, dont nous partageons l'opinion (1), est à n'en pas douter altéré. L'interpolation des mots — rerum amotarum — amovendis — auxquels il faut substituer : furti — furandi — est évidente à la fois pour des raisons de forme et de fond.

Tout d'abord pour des raisons de fond: l'actio rerum amotarum exige, nous l'avons écrit au début de cette section, un détournement effectué a) pendant le mariage; b) divortii causa. Or, ici, ces deux conditions essentielles font défaut. Il s'agit, en effet, d'un mari qui refuse « negetur » de restituer les biens paraphernaux de sa femme, après la dissolution du mariage; le détournement n'a donc pas lieu « constante matrimonio » et en second lieu, il n'est pas opéré en vue du divorce.

(1) ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 6 et s.

Pour des raisons de forme: la manière dont s'exprime Ulpien est pour le moins troublante: Ne dit-il pas que celui qui retient une chose et refuse de la rendre a l'intention de la détourner; or, Ulpien n'avait pas besoin de s'exprimer ainsi s'il avait voulu parler de l'actio rerum amotarum, car il sait que celui qui commet un détournement a l'intention de voler, c'est-à-dire possède l'animus furandi. Nous sommes en présence d'une interpolation explicative (1), ajoutons-nous, d'autant plus qu'elle est donnée assez gauchement, au point de vue grammatical: l'animus de celui qui commet une soustraction s'exprime normalement de la part des classiques au moyen du gérondif (amovendi); l'usage du participe présent est davantage réservé aux compilateurs.

Un autre texte d'Ulpien, au Digeste, mérite aussi de retenir notre attention (2) à un double point de vue. Premièrement à l'inverse de ce que l'on rencontre toujours: le détournement est effectué par celui qui est chassé de la maison; ici, celui qui détourne y reste (3). En second lieu, le mari a la possibilité de chasser la femme de la maison, mais la réciprocité est admise. Or, dans le droit classique, la répudiation est certes possible de la part

(1) M. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes, et des méthodes propres à les découvrir*, thèse, Paris, 1894, p. 247 et s.), prétend en effet qu'il existe au Digeste, un grand nombre d'interpolations ayant pour but de donner une explication.

(2) ULP IEN (D. 25, II, 11). « Marcellus libro octavo digestorum scribit, sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res amoverunt. rerum amotarum teneri... ».

(3) ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 11.

de la femme, mais nous pensons que l'expulsion de la maison conjugale ne peut être qu'effectuée par le mari, car c'est dans sa domus que l'épouse a été conduite « deducta » et y habite le plus souvent, si les époux n'ont pas d'installation séparée.

Ces deux innovations paraissent avoir été ajoutées, comme l'a démontré M. Zanzucchi (1) pour généraliser la règle primitive. D'autre part, la forme grammaticale, sive, sive, se rencontre fréquemment chez les compilateurs; en outre, il n'existe pas de concordance entre expulit qui est au singulier et amoverunt qui, par contre, se trouve au pluriel (2), autre indice non moins révélateur d'une interpolation.

Ulpien, ici, ne visait probablement que le vol d'un seul conjoint, celui de l'épouse et cette suggestion est confirmée par la place même qu'occupe ce fragment. Il figure sous la rubrique: libro trigesimo anno ad edictum, or, ce livre de l'édit du préteur est consacré à l'examen de la retentio ob res amotas à l'encontre de la femme.

D'ailleurs, nous devons ne pas perdre de vue l'un des premiers textes que nous avons cité au début de cette étude de la procédure lors d'un furtum entre époux et qui appartient à Ulpien (3).

(1) ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 15 et 16.

(2) Cf. LÉVY ERNST, *der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 6.

(3) ULP IEN (D. 25, II, 15). « Nihil interest utrum simul an separatim habitaverunt, cum actio rerum amotarum competat etiam adversus eam quae ex ea domo subtraxerit in qua non simul cum viro habitavit ».

Ce passage nous montre en outre, que la cohabitation n'est pas

Le conseiller d'Alexandre Sévère y est très affirmatif. Ne dit-il pas: « *adversus eam quae ex ea domo subtraxerit* ». Une autre substitution, quant au mari, d'actio rerum amotarum à actio furti se rencontre aussi chez Tryphoninus (1).

Les compilateurs ont remplacé ici: actio furti par actio rerum amotarum et, comme dans leur pensée l'actio rerum amotarum est reipersécutoire et dictée par des raisons d'égards que se doivent les conjoints, ils ont été obligés, pour demeurer en conformité avec eux-mêmes, d'ajouter « *ex male contractus* ». Et tenir ce passage pour non interpolé conduirait alors à une invraisemblance.

En effet, si l'action rerum amotarum était accordée au lieu de l'actio furti motif pris du respect qui oblige les époux et si elle naissait d'une certaine manière « *ex contractu* », on est en droit de se demander s'il ne faudrait pas appliquer le bénéfice de compétence (2) ou plus exactement l'exceptio quod facere potest qui avait pour but de res-

une condition nécessaire à l'exercice de l'actio rerum amotarum. La notion de *societas vitae*, en effet, avec le développement de plus en plus grand des mariages *sine manu*, ne sous-entendra plus nécessairement la cohabitation, ainsi qu'il pouvait en être antérieurement.

(1) TRYPHONINUS (D. 42, I, 52). « Si rerum amotarum cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio praecedentis societas vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto oritur ».

L'interpolation de ce texte a été notamment démontrée par M. ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 8, que nous suivons ici.

(2) ALBERT LEVET, *Le bénéfice de compétence*, thèse, Paris, 1927, p. 26 et s., répond à cette question: « ...on peut conclure, dit-il, que l'ex-mari eut joui du bénéfice de compétence si son obligation avait été contractuelle. Pourquoi sans cela Tryphoninus aurait-il

treindre la condamnation du défendeur jusqu'à concurrence de son avoir.

Tryphoninus traduit d'ailleurs ce doute « ...quam videatur ea quoque actio... habuisse » et semble ranger cette action parmi d'autres. Quelle est donc l'autre action à laquelle se serait aussi appliqué le bénéfice de compétence et que Tryphoninus envisage ? Il s'agit vraisemblablement de l'actio rei uxoriae qu'il étudie dans son livre XII des Disputanionum et où il expose la doctrine du *beneficium competentiae*. Mais dans l'actio rei uxoriae cette exception n'est pas entraînée par suite d'égards personnels entre conjoints, elle puise son origine dans la nature même de l'obligation et non dans la personne de l'obligé.

On peut rétorquer, il est vrai, qu'il existe un cas où le *beneficium competentiae* trouve sa raison d'être dans un motif d'égards personnels; c'est l'hypothèse de l'actio pro socio. Mais effectuer un rapprochement entre l'actio pro socio et l'actio rerum amotarum, compte tenu de la *societas vitae* qui existe entre époux, est une idée qui devait faire horreur à tout jurisconsulte classique.

Enfin, ce ne sont pas seulement Marcellus, Paul et Ulpien, ainsi que nous venons de l'écrire, qui autorisent le seul octroi au mari de l'actio rerum

fait allusion à la *societas vitae* et au caractère délictuel de l'action. Il lui aurait suffi, puisque les jurisconsultes accordent le bénéfice à l'ex-mari lorsque le fait générateur de l'obligation est contemporain du mariage, de faire remarquer, si le bénéfice ne pouvait jamais exister entre ex conjoints, que la poursuite était dirigée contre un époux divorcé... ».

amotarum, mais aussi Julien (1), Papinien (2) et Marcien (3).

A l'époque classique, non seulement des considérations historiques, mais aussi les textes (et ils constituent la majorité) militent en faveur d'une action des choses détournées mais uniquement « *adversus mulierem* ».

Quelles seront alors les conséquences de l'exercice de l'actio rerum amotarum ? Elles sont faciles à prévoir. En réalité, bien que des mesures plus légères soient prises à l'égard de la femme voleuse, l'acte qu'elle commet n'en constitue pas moins un *furtum*. La victime, le demandeur, réclamera donc les choses soustraites. Si l'épouse refuse de les rendre, le mari exigera que lui soit délivrée l'actio rerum amotarum. Cette action in factum comportera une intentio et une condemnatio. L'intentio mentionnera que la défenderesse était uxor et qu'elle a dérobé les objets au mari « *divortii causa* », le divorce ayant eu lieu par la suite « *divortii secuto* ». La condemnatio comportera une *clausula arbitraria*: « *easque res restitutas non esse aestimari debere quanti in litem vir jurasset* ».

L'estimation du préjudice subi par le mari por-

(1) JULIEN (D. 25, II, 22 pr.). « Si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimatio sit. . ».

(2) PAPINIEN (D. 25, II, 30) « Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur... ».

(3) MARCIEN (D. 25, II, 25) « .. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio... ». Par conséquent, a contrario, si res amotae fuerint divortii consilio et secutum divortium fuerit, le mari pourra agir par l'actio rerum amotarum.

tera sur le quod interest (1) et sera déterminée d'après son serment.

Devant le juge, seule la femme prêtera serment (2) qu'elle n'a rien détourné des objets du mari. En effet, à l'époque classique, nous l'avons écrit, elle peut être seule poursuivie par l'actio rerum amotarum. Il nous faut tenir ainsi pour interpolés les passages d'Ulpien (3) et de Paul (4) où il est fait mention d'un serment possible de la part du mari.

Le iusjurandum prêté par la femme ne devait vraisemblablement pas être necessarium mais voluntarium (5). Il ne pouvait pas être référé (6).

L'estimation, avons-nous dit, sera faite d'après le serment du mari. En effet, dit Paul (7), il serait injuste qu'il vendît malgré lui ce qui lui appartient, au juste prix. (Le jurisconsulte fait allusion ici à la doctrine romaine qui considère comme vendeur celui qui a payé la litis aestimatio et explique qu'il serait injuste d'obliger le mari à

(1) PAUL (D. 25, II, 21, § 3 et 4), déjà cité.

(2) La loi de Gortyne contenait une disposition analogue, cf. *supra*, p. 17, note 1.

(3) ULPYEN (D. 25, II, 11, § 1). « Qui rerum amotarum instituit actionem... cogitur adversarius jurare nihil divortii causa amotum esset, dum prius de calumnia juret qui iusjurandum defert... » Texte à n'en pas douter interpolé, cf. *Index interpolationum*, *op. cit.*, colonne 107.

(4) PAUL (D. 25, II, 14). « De rebus amotis permittendum marito vel uxori de quibusdam rebus iusjurandum deferre, de quibusdam probare ». Autre passage également interpolé, cf. ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 42, et BONFANTE, *corso op. cit.*, I, p. 209, n. 2.

(5) Cf. HITZIG, *Pauly Wissowa*, *op. cit.*, colonne 395.

(6) ULPYEN (D. 25, II, 11, § 3): « ...Si quis delatum sibi iusjurandum referre velit, non videtur praetor permississe ».

(7) PAUL (D. 25, II, 9). « non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere ».

conclure la vente involontaire au prix réel.) Si le paiement constitue ainsi une vente, ne faut-il pas conclure que le mari est obligé de garantir la femme contre l'éviction ? Pomponius (1) qui nous rapporte l'opinion de Sabinus répond négativement parce que c'est par sa contumace que la femme se rend acquéreur des biens qu'elle a soustraits au mari.

Si après avoir été condamnée sur l'actio rerum amotarum, l'épouse perd la possession de la chose soustraite, pourra-t-elle la récupérer ? Julien s'intéresse à ce problème et touché par cette idée que c'est le dol qui a fait acquérir l'objet à l'épouse mais décidé par cette autre qu'il faut regarder comme un acheteur quiconque paie le montant de l'objet litigieux, déclare que la femme, si elle est en possession de la chose, peut opposer une exception à la revendication du mari ou de l'héritier de celui-ci. Si elle a cessé de posséder, elle pourra agir in rem, dit alors Julien (2).

Avant de clore cette étude de la procédure lors d'un furtum entre époux, ou plus spécialement de l'actio rerum amotarum, nous signalerons brièvement quelques autres particularités relatives à ce *judicium singulare*.

(1) POMPONIUS (D. 25, II, 10). « ...ideoque nec debere eum pro evictione promittere quod ex contumacia mulieris ad ita acciderit ».

M. P.-W. KAMPHUISEN (*Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1927, p. 630), déclare que c'est seulement pour exclure une conséquence fâcheuse de la doctrine, qui considère la *litis aestimatio* comme vente, que les textes mentionnent l'éviction à propos de l'actio rerum amotarum.

(2) JULIEN (D. 25, II, 22 pr.). « .. Si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est... ».

Tout d'abord, l'action des choses détournées intentée contre une femme qui est aussi accusée d'adultère n'est pas différée jusqu'après le jugement qui doit intervenir sur cette accusation (1).

En second lieu, si le mariage dissous par le divorce est rétabli et qu'un second divorce se produise, l'actio rerum amotarum qui a appartenu au mari pour les soustractions commises lors du premier divorce, subsiste (2).

Par contre, si après la dissolution du mariage et après avoir intenté contre l'épouse l'actio rerum amotarum le mariage se rétablit, l'instance péri-
ra (3).

Enfin, si le mariage est nul (tuteur marié avec son pupille ou bien encore mariage contracté à l'encontre d'une prohibition des ordonnances par exemple), l'actio rerum amotarum ne pourra pas être exercée (4). Son exercice nécessite en effet la dissolution du mariage, or, un mariage nul est anéanti, annulé mais non dissous. Et si le mari, en payant la dot à sa femme omet de lui parler de

(1) PAPINIEN (D. 25, II, 27). « Rerum amotarum actio ob adulterii crimen, quo mulier postulata est, non differtur ».

(2) AFRICANUS ((D. 25, II, 23). « Redintegrato matrimonio si iterum divortium factum erit, ob res amotas prioris divortii causa, item ob impensas donationesque priore matrimonio factas manere actionem existimavit (Julianus) ».

(3) PAPINIEN (D. 25, II, 30) « Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio, solvitur iudicium ».

(4) ULPIEN (D. 25, II, 17 pr.). « ...consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea, quae tutori suo nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem... ».

l'actio rerum amotarum qu'il a droit d'intenter, il ne perd pas ce droit (1).

§ 2. — *Époque du Bas-Empire*

A cette époque, comme à la période classique, la notion de détournement est aussi large que possible et s'applique à toutes les choses dont la femme ou le mari sont propriétaires, qu'ils ont en gage ou qu'ils ont achetées de bonne foi. En effet, au Bas-Empire, une règle nouvelle a vu le jour, nous voulons parler de la réciprocité de l'actio rerum amotarum. Elle se dégage déjà de nombreux textes classiques qui trahissent l'opinion des compilateurs. En effet, Ulpien (2) le premier nous parle d'une action intentée aussi bien contre le mari que contre la femme. Mais, ainsi que nous l'avons déjà écrit, l'opinion de ce jurisconsulte est suspecte à un double point de vue.

Tout d'abord, à l'inverse de ce que l'on rencontre toujours: c'est-à-dire le détournant est celui qui est chassé de la domus; ici, celui qui détourne ne quitte pas la maison, mais reste.

En second lieu, non seulement le mari a la possibilité de chasser la femme de la maison mais la réciprocité est admise. Or, dans le droit classique,

(1) POMPONIUS (D. 25, II, 8, pr.). « Si cum dos solveretur mulieri... dictum non esset actum iri rerum amotarum, nihilo minus agi potest... ».

(2) ULPIDIEN (D. 25, II, 14). « Marcellus libro octava digestorum scribit sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res amoverunt, rerum amotarum teneri. . ».

la répudiation est déjà certes possible, même de la part de la femme, mais nous pensons, avons-nous écrit, que l'expulsion de la maison conjugale ne peut être effectuée que par le chef de la domus, car c'est dans sa domus que l'épouse a été conduite « deducta ». D'autre part, la forme grammaticale, sive... sive, se rencontre fréquemment chez les compilateurs et il n'existe en outre aucune concordance entre expulit qui est au singulier et amoverunt qui se trouve au pluriel.

C'était donc bien là l'opinion de Justinien et de ses compilateurs mais non celle d'Ulpien.

Un autre texte (1) à l'époque classique et dû à Tryphoninus mentionne encore l'hypothèse d'une actio rerum amotarum dirigée contre le mari. Mais admettre pareille règle, avons-nous dit, c'est reconnaître au mari le droit à l'exercice du bénéfice de compétence. Or, pareil bénéfice ne concernait que les obligations contractuelles et non les obligations délictuelles au rang desquelles figure l'actio rerum amotarum.

Cette extension au mari de l'action des choses détournées, alors qu'à l'époque classique, l'actio furti seule pouvait être dirigée contre lui, se justifie d'ailleurs aisément.

Primitivement, sous la république, l'actio rerum amotarum n'avait été instituée qu'en vue du mariage cum manu. Elle ne pouvait donc être exer-

(1) TRYPHONINUS (D 42, I, 52). « Si rerum amotarum cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio praecedentis societas vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto oritur. ».

cée que contre la femme puisque, seule, la femme pouvait être répudiée ou plus exactement chassée de la domus. Mais au Bas-Empire, le mari peut être répudié par la femme ou plus exactement, il existe des cas où l'épouse peut exiger le divorce (1). Et la femme peut alors chasser le mari de la domus (2).

En second lieu, à l'époque justinienne, on conçoit qu'un mari puisse soustraire des objets appartenant à sa femme (3). A l'époque classique régnait d'abord le mariage avec *conventio in manum* et lorsque la femme passait ainsi de la puissance paternelle sous celle du mari, la coutume imposait à son père, pour peu qu'il en ait les moyens, le devoir de donner au mari une portion de patrimoine qu'on appelait la dot. Dot qui, en principe, était définitivement acquise au mari.

Mais sous Justinien, les époux ne pratiquent plus que le mariage sans *conventio in manum*. Les patrimoines demeurent séparés et particulièrement la dot qui constitue une donation d'un genre spécial.

(1) En effet JUSTINIEN (*Novelle* 117, chap. 8 et 9), suit l'exemple de Théodose et spécifie les motifs pour lesquels la femme est autorisée à répudier le mari. Ce sont par exemple les machinations du mari contre l'empereur, l'attentat à la vie de la femme, la tentative de maquerellage, etc...

(2) MARCELLUS (D, 25, II, 11), texte interpolé et déjà cité.

(3) En effet, à l'époque classique et avec le mariage *cum manu*, l'épouse romaine ne possédait que des objets de parure et de toilette que l'on désignait sous le nom de *mundus muliebris*. Le vol du mari ne pouvait donc porter que sur eux et ainsi s'explique que certains auteurs (Plaute, *Les Minechmes*, acte I, scène II, v. 21), nous relatent par exemple le vol par un mari, de la mante de sa femme). Cf. *supra*, p. 25, note 1.

Or, soit que le mari ait eu l'intention de répudier sa femme, soit qu'il ait connu l'intention qu'avait son épouse de le répudier, il pouvait être tenté, en prévision de ce fait, de soustraire des objets qui ne lui appartenaient point et de commettre ainsi un vol au détriment de la femme.

C'est donc avec raison que le droit de Justinien admet aussi à l'encontre du mari la possibilité de l'exercice de l'actio rerum amotarum (1). Il ne pouvait être en effet question de décerner contre lui l'actio furti car au Bas-Empire c'est le concept de révérence mutuelle que se doivent les conjoints qui met obstacle à l'octroi de l'actio furti entre époux.

A l'époque justinienne, l'actio rerum amotarum est essentiellement reipersécutoire, elle aura donc avant tout pour but la réparation du préjudice subi par l'un ou l'autre des conjoints. L'estimation du dommage comprendra le quod interest.

En outre, à l'inverse de ce qui se passait à l'époque classique, le mari ou la femme pourra prêter le serment qu'il n'a rien détourné. Le défendeur pourra en outre référer le serment au demandeur. Ces affirmations découlent des interpolations que nous avons étudiées dans les textes classiques relatifs au jusjurandum (2).

Sous Justinien, l'actio rerum amotarum pourra être compensée. Cette règle est confirmée par l'in-

(1) C. V. 21, 2, déjà cité.

(2) ULPEN (D. 25, II, 11, § 1), déjà cité.

PAUL (D. 25, II, 14), déjà cité.

terpolation que nous avons rencontrée dans le texte classique d'Ulpien (1) et par une constitution de l'empereur Alexandre en 229 (2),

(1) ULP IEN (D. 25, II, 7), déjà cité.

(2) C. V. 21, 1. « Compensationis aequitatem jure postulas, non enim prius exsolvi quod debere te constiterit aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit, eo magis quod ea te persequi dicis quae divortii causa amota quaereris... ».

DEUXIÈME PARTIE

**Le vol commis par le filiusfamilias
au préjudice du paterfamilias**

CHAPITRE PREMIER

Historique de la répression

SECTION I

Époque de l'ancien droit

Ici, comme pour le vol commis par l'épouse au détriment du mari, les textes sont inexistantes ou presque.

Nous possédons cependant une information, ou plutôt une anecdote ancienne sur la répression du vol perpétré très anciennement par un *filiusfamilias*. C'est un passage d'Orose (1), historien et théologien du V^e siècle et disciple de saint Augustin : M. Fabius Buteo aurait été mis à mort, vers 220 av. Jésus-Christ, par son père, pour cause de vol « ...*filium suum, furti insimulatum interfecit...* ».

(1) OROSE, *Historiarum adversus paganos*, libri VII (IV, 13, 18)
« Emergit hic paululum antiquus ille Romanorum improbae laudis etiam de paricidiis appetitus. Nam Fabius Censorius Fabium Buteonem, filium suum, furti insimulatum interfecit : dignum scilicet facinus, quod pater vel parricidio plectendum duceret, quod ne leges quidem nisi multa pecuniae aut summum exilii circa quemlibet hominum censuerunt. (M. Fabius Buteo était censeur en 513 U. C. c'est-à-dire en 241 avant J.-C.)

Mais d'une part, ce texte ne nous indique pas s'il s'agit d'un vol commis par le *filiusfamilias*; d'autre part, à supposer qu'il en soit ainsi, nous partageons l'opinion formulée par M. Huvelin (1), d'après laquelle ce passage ne nous fournit certainement pas une donnée sérieuse sur la répression du vol accompli par le *filiusfamilias* (2).

D'ailleurs, s'il est difficile de concevoir (ainsi que nous l'avons écrit dans la première partie, que l'épouse à l'époque du très ancien droit, puisse se rendre coupable d'un vol et être tenue *furti*, il doit en être de même en ce qui concerne le *filiusfamilias*.

En effet, la *manus* du mari sur sa femme ne constitue qu'un aspect particulier de la triple autorité, si l'on peut ainsi s'exprimer, dont jouit le *paterfamilias* dans la *domus*. Sur son épouse, il possède la *manus*; sur ses enfants, la *patria potestas* et sur ses esclaves, la *dominica potestas*.

C'est cette même autorité qui, sous une terminologie différente, commande le statut juridique de l'épouse et du *filiusfamilias* et qui, ainsi, confère au *paterfamilias*, chef de la *domus*, le *judicium domesticum*. Magistrat domestique, c'est lui qui

(1) M. HUVELIN souligne le caractère très suspect de l'anecdote rapportée par Orose « cet historien, dit-il, paraît faire allusion à des *leges* (...*quod ne leges quidem nisi.* ...) qui ne peuvent être que les XII Tables, or, ces lois ne contiennent aucune disposition relative au vol du *filiusfamilias* ». *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, par HUVELIN, 1915, p. 445 et note 2.

(2) GAIUS, *Inst.* 3, 189. « *Poenā manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum facerat ;...* », dans le texte d'Orose il est question de la mort.

prononce les peines à l'encontre des personnes en sa puissance qui se sont rendues coupables de délits (1) ; peines religieuses à l'époque très ancienne, ainsi que nous l'écrirons dans quelques instants.

Est-il donc possible de concevoir que, primitivement le *filiusfamilias* ait pu commettre un vol ?

Nous avons rencontré, dans le précédent chapitre, quant à la femme romaine, un vol de clés dont elle pouvait se rendre coupable. Mais ce *furtum*, nous l'avons expliqué, ne constituait pas un véritable vol. Ce délit brisait le lien sacré qui unissait les époux et la sanction : la répudiation, était un châtiment religieux. La soustraction de clés était donc moins un délit qu'une cause de divorce.

Or, à supposer qu'un vol du *filiusfamilias* au préjudice du *paterfamilias* se soit rencontré, n'est-il pas possible d'admettre qu'à cette époque du très ancien droit, on se trouvait davantage en présence d'une infraction à la religion domestique.

En effet, à sa naissance et lorsqu'il a été accepté par son *paterfamilias* au moyen du « *tollere liberum* », l'enfant n'entrait dans la famille qu'après avoir été associé au culte domestique par la cérémonie religieuse de la *lustratio* (2).

Or, si les rites religieux du mariage commandaient la règle religieuse que devaient suivre les

(1) Cf. MOMMSEN, *Römisches strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 17 et s.

(2) La *lustratio* consistait en une purification sacramentelle et symbolique. Elle avait lieu le huitième jour après la naissance pour les filles, le neuvième jour pour les garçons. C'était aussi le jour où l'on donnait un nom à l'enfant.

époux, nous pouvons admettre que la cérémonie de la lustratio dictait celle que devait suivre l'enfant. C'était alors en fonction de ce rite que devaient être sanctionnées toutes infractions à la religion domestique.

Ainsi, primitivement, la soustraction du *filius-familias* comme celle de l'épouse d'ailleurs, aurait eu un caractère religieux et n'aurait pas constitué un *furtum* au sens véritable du mot. On pourrait rapprocher ce délit de celui que commet le *filius-familias* en frappant un ascendant et pour lequel une loi attribuée à Servius Tullius ou plus exactement un édit pontifical le faisait considérer comme « *divis parentum sacer* », c'est-à-dire dévoué, pour être puni, aux divinités protectrices de la famille (1).

Pareille hypothèse ne présente d'ailleurs, nous devons l'ajouter, qu'un intérêt purement théorique, puisque nous ne possédons pas de texte relatif, à l'époque ancienne, à un *furtum* possible du *filiusfamilias* au préjudice du *paterfamilias*.

SECTION II

Époque classique

L'apparition de la notion d'un *furtum* du *filius-familias* au préjudice du *paterfamilias* a probablement eu lieu à l'époque où la personnalité juridique du fils de famille a grandi.

(1) FESTUS V° « *sacer* », BRUNS, *Fontes juris Romani*, II, scriptores, 7^e édit., Tubingen, 1909, p. 33.

A l'époque de l'ancien droit, le *filiusfamilias* était non seulement lié au culte du père, mais jouissait d'une sorte de copropriété sur le patrimoine familial. Il existait en effet une copropriété familiale de biens et si elle ne procurait au fils aucun droit immédiat, elle n'en impliquait pas moins chez lui une personnalité latente : le *filiusfamilias* appartenait aux *sui heredes* et lorsqu'il héritait, il ne recueillait pas un droit nouveau, mais l'exercice d'un droit qu'il possédait déjà à l'état latent.

Le droit classique (1) lui reconnaît toujours cette copropriété et encore plus explicitement que l'ancien droit ne l'avait signalée.

D'autre part, à l'époque classique, le fils de famille ne jouit pas seulement d'une copropriété, mais aussi d'un droit de propriété. En effet, au dernier siècle de la république, il possède un pécule (2), c'est-à-dire un ensemble de biens dont le

(1) PAUL (D. 28, II, 11) « In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, est nulla videatur hereditas fuisse quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur : unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam honorum administrationem consequuntur, hac ex causa licet non sint heredes instituti domini sunt : nec obstat quod licet eos exheredare quod et occidere licebat ».

Paul déclare donc catégoriquement que, par rapport aux héritiers siens, le domaine se continue de plein droit entre le défunt et eux, parce que les enfants sont censés avoir déjà été auparavant propriétaires de ces biens et ce, avec d'autant plus de raison que du vivant même de leur père, les enfants sont censés copropriétaires avec lui « ...qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... ».

(2) CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 143.

paterfamilias confie la gestion à son fils pour l'administrer en son nom. Les objets qui composent ainsi le pécule sont considérés en fait comme appartenant au fils.

Et c'est probablement, pensons-nous, à partir de ce moment qu'il est possible d'admettre un vol du filiusfamilias au préjudice du paterfamilias. La tentation de voler se comprenait désormais aussi bien chez le filiusfamilias que chez l'épouse. La femme, avons-nous écrit, commence à voler du jour où répudiée, le mari la laisse sans ressources, c'est-à-dire à l'époque classique.

Or, le filiusfamilias, s'il possède en fait le pécule, n'en a pas la propriété en droit et s'il le gère mal, le paterfamilias le lui retire. Le pécule s'éteint en effet au gré du maître par le retrait de l'autorisation (*ademptio peculii*) (1).

Aussi, il est permis de penser que, si la femme dérobaît au mari dans la crainte, au jour du divorce, de se voir dénuée de ressources, le filiusfamilias pouvait songer, quant à lui, à frustrer le paterfamilias, dans l'appréhension de se voir retirer le pécule à la suite d'une gestion malheureuse.

D'ailleurs, le *furtum* peut se concevoir au détriment même du pécule. Pomponius (2) nous dit en

(1) POMPONIUS (D. 15, I, 4) « ...nam cum servi peculium totum adimere... dominus possit... » cf. aussi D. 15, I, 7, § 1^{er}; 8; 16; 40, § 1^{er}; 45

(2) POMPONIUS (D. 15, I, 4) « Peculium est, non id cujus servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit, summa servi rationem discernens : nam cum servi peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit, animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia facerit »,

effet au Digeste « qu'il faut entendre par pécule, non pas tout ce que l'esclave peut avoir entre ses mains séparément de ce qui compose les biens de son maître, mais ce que le maître a voulu lui-même séparer de son bien, quand il a distingué ce qu'il se réservait de ce qu'il laissait à son esclave: car le maître ayant la faculté d'ôter en entier le pécule à son esclave, de le diminuer ou de l'augmenter, on doit s'en rapporter non à ce qu'a fait l'esclave, mais à ce qu'a fait le maître quand il a voulu lui donner un pécule. »

Or, en appliquant ces dispositions au *filiusfamilias* (1), nous pouvons dire: lorsque le *paterfamilias* a voulu lui-même séparer ses biens et qu'il a distingué ce qu'il se réservait de ce qu'il laissait à son fils, il ne peut pas y avoir de vol au préjudice du pécule. Pourquoi ? Parce que ce serait admettre que le *filiusfamilias* puisse se voler lui-même.

Mais, a contrario, si le *paterfamilias* n'a pas apporté de discrimination entre ce qu'il entendait se réserver et ce qu'il laissait à son fils et si le fils le dérobe, ne pourra-t-on pas dire qu'il y a vol pour augmenter le pécule ? Oui, parce que le *filiusfamilias*, en perpétrant un tel délit, soustrait des biens qui, éventuellement, sont susceptibles, à la suite d'un acte de volonté du *paterfamilias*, d'entrer dans la composition définitive du pécule.

(1) Le *filiusfamilias*, en outre, lorsqu'il a été émancipé, recouvre sa complète individualité puisque la *patria potestas* qui le reliait à son père et à la *domus* n'existe plus. Il pourra donc être l'auteur d'un vol et qui mieux est, ainsi que nous l'écrirons, tenu *furti*.

Et puis, il ne nous faut pas l'oublier, dès la fin de la République, les vieux préceptes moraux et religieux sont de moins en moins observés. Avec la puissance et la richesse s'introduit à Rome le manque de scrupules. Si l'épouse romaine pouvait alors facilement avoir le dessein de commettre un vol au préjudice du mari pour donner libre cours à sa frivolité et à sa coquetterie; le *filiusfamilias*, de son côté, pouvait éprouver la tentation de dérober son père dans le but de satisfaire, lui aussi, ses passions.

C'est ainsi que Plaute (1) nous relate l'aventure de Mnésiloque qui, épris de Bacchis et pour lui donner mille preuves de son amour, s'en retourne à la hâte chez son père pour y dérober quelque chose.

Une autre écho du *furtum* du *filiusfamilias* nous est donné par les textes classiques. Paul (2) le premier nous en entretient, Ulpien ensuite (3).

Le vol du *filiusfamilias* au préjudice de son père existait à l'époque classique et c'est là chose acquise. Mais la question se pose maintenant de con-

(1) PLAUTE, *Les Bacchis*, acte III, scène IV, v. 8.

« Nam jam domum ibo. . atque aliquid subripiam patri ».

Subripere, est synonyme de *furari* et désigne au même titre un vol : une *subreptio*.

(2) PAUL (D. 47, II, 16) « Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis eum his, quos in potestate habemus quam nobiscum ipsi agere possumus ».

(3) ULPIEN (D. 47, II, 17) « Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur : neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare : idcirco nec actio ei a veteribus prodita est... ». Les *veteres* dont il est question sont Sabinus et ses disciples, cf. HUVELIN, *op. cit.*, p. 366.

naître, comme elle s'est posée pour l'épouse, quelle était sa répression.

Ulpien (1) répond catégoriquement: « les esclaves et les fils peuvent bien voler leur maître ou leur père, mais ils ne sont pas tenu *furti* ».

La situation faite au *filiusfamilias*, auteur d'un vol à l'encontre de son père, présente donc une frappante analogie avec celle réservée à l'épouse auteur d'une soustraction au préjudice de son mari. (Nous avons, en effet, écrit dans notre première partie, que l'épouse commettait bien un vol, mais ne s'obligeait pas *furti*.)

Quelle est donc la raison qui motive le rejet d'une répression *furti* à l'encontre du *filiusfamilias* ? Il faut la chercher, croyons-nous, dans une comparaison avec la situation qui était faite à l'épouse voleuse.

À l'époque classique, la femme commettait bien un délit, mais n'était pas tenue *furti*, parce qu'entre elle et son mari, existait une *societas*, un *consortium vitae*. Mais cette fusion d'intérêts, de patrimoine, le quasi-dominium de la femme sur les biens de son mari, prenait naissance dans la participation de la femme à la vie commune, en qualité de *socia* du mari, de *domina* (2).

Or la *patria potestas* relie le fils au *paterfamilias* et à la *domus* dont il mène la vie, comme l'épouse.

(1) ULPPIEN (D. 47, II, 17) « *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt...* »

(2) Il est intéressant de noter l'identité des substantifs employés parfois pour désigner soit l'épouse, soit le *filiusfamilias*. SCAEVOLA (D. 32, I, 41) utilise le mot « *domina* » en parlant de l'épouse et PAUL (D. 28, II, 11) le terme « *domini* » en parlant du *filiusfamilias*.

C'est d'ailleurs cette raison qui fait tenir à Paul (1) le langage suivant: « Nous ne pouvons pas plus agir contre ceux qui sont sous notre puissance que contre nous-mêmes ». Et Ulpien (2), sous une autre forme, se réclame de la même idée: « ... les esclaves et les fils de famille, dit-il, ne sont pas tenus furti, car celui qui peut punir lui-même n'a pas besoin de plaider contre lui ».

Dans cette courte étude que nous venons d'entreprendre sur le *furtum* du fils de famille au préjudice de son père, nous avons toujours supposé que le *filiofamilias* se trouvait sous la puissance du *paterfamilias*.

Mais qu'arrive-t-il si l'enfant ne fait plus partie de la famille, autrement dit s'il commet un *furtum* au préjudice du *paterfamilias* à la suite d'une émancipation ?

Peut-il, dans ce cas, être non seulement coupable de vol, mais encore tenu de répondre de son délit par l'*actio furti* ?

De prime abord et à la suite de ce que nous venons d'écrire, nous pourrions être tenté de répondre oui. En effet, l'émancipation est l'acte par lequel le père exclut de la famille un de ses enfants (3). D'autre part, après une troisième émancipation, le *filiofamilias* est libéré de la puissance

(1) PAUL (D. 47, II, 16) « Ne cum filiofamilias pater furti agere possit... quod non magis eum his, quos in potestate habemus quam nobiscum ipsi agere possumus ».

(3) ULPYEN (D. 47, II, 17) « Servi et filii nostri... furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare... ».

(3) Cf. R. MONIER, *op. cit.*, t. 1, p. 317 et s.

paternelle et passe sous le *mancipium* de l'acquéreur qui, par un troisième affranchissement, lui donne la liberté (1). Le fils de famille n'est plus ainsi rattaché ni à son père, ni à la *domus*. La *patria potestas* a disparu et, puisqu'elle constituait un obstacle à une répression ordinaire du *furtum* du *filiusfamilias* au préjudice du *paterfamilias*, ne doit-on pas décider qu'une telle répression est possible désormais ?

Nous ne le pensons pas et en voici la raison : à l'époque classique l'émancipation perd le caractère qu'elle avait anciennement. En effet, à l'époque très ancienne, l'enfant émancipé était exclu de la maison paternelle et perdait la qualité d'héritier sien, ainsi que le droit à la succession du père ; mais, à l'époque classique, l'émancipation est au contraire considérée comme un bienfait et elle n'a plus, en général, d'effets préjudiciables (2). L'enfant émancipé peut acquérir des biens pour son compte et dès le début de l'Empire, le Préteur qui a jugé inique de le priver de l'hérédité paternelle, lui accorde, sous la forme d'une *bonorum possessio*, des droits équivalents à ceux qu'il a perdus.

Or, si l'on admet que l'émancipation n'a plus, à l'époque classique, d'effets préjudiciables, on doit décider que le fils émancipé, auteur d'un vol à l'encontre du *paterfamilias*, ne doit pas être tenu *furti*. Ce serait en effet se prononcer à son égard d'une façon plus sévère que lorsqu'il était placé sous

(1) *Cuq, op. cit.*, p. 152.

(2) *Cuq, op. cit.*, p. 153 et s.

l'autorité de son père, en vertu de la *patria potestas*. L'*actio furti* ne pouvait pas être décernée. Quelle sanction fallait-il alors prendre contre le *filiusfamilias* ? Ici, les juriconsultes ont dû être embarrassés et nous pouvons émettre l'hypothèse qu'ils permettaient peut-être au *paterfamilias* d'exercer une *retentio* sur le pécule ou les biens de l'enfant, surtout si le vol avait suivi de très près l'émancipation (1).

Cette hypothèse en fait jaillir une autre: que décider, en outre, lorsque le vol était commis par le *filiusfamilias* toujours au détriment du *paterfamilias*, mais avant l'émancipation ? Il faut appliquer, croyons-nous, la solution qu'Ulpien (2) proposait lorsque le voleur était un esclave affranchi et que le vol au préjudice du maître avait été perpétré.

(1) On peut objecter, il est vrai, qu'on aurait pu appliquer la solution admise pour l'affranchi et que préconise ULPYEN (D. 47, II, 17, § 1^{er}). Ulpien envisage l'hypothèse où, antérieurement à son affranchissement, l'esclave a commis un vol au préjudice de son maître et il déclare que l'*actio furti* ne saurait être décernée parce qu'au moment du vol, l'obstacle à la poursuite ordinaire d'un tel délit : la *dominica potestas* n'avait pas disparu. C'est ainsi admettre, à fortiori, que dès la disparition de l'obstacle, c'est-à-dire après l'affranchissement, un vol commis à ce moment peut faire l'objet d'un *actio furti*.

Ne pourrait-on pas alors appliquer ces solutions au vol que commet le *filiusfamilias* et décider en conséquence, qu'un *furtum* commis postérieurement à son émancipation, peut entraîner l'*actio furti*.

Non, si à l'époque ancienne une telle solution pouvait se concevoir ; à l'époque classique, elle doit être rejetée parce qu'il faut tenir compte du changement qui s'est opéré dans les effets de l'émancipation. Elle n'a plus en général, avons-nous écrit, d'effets préjudiciables.

(2) ULPYEN (D. 47, II, 17, § 1^{er}) « ...Unde est quaesitum si fuerit alienatus vel manumissusam furti actione teneatur et placet non teneri : neque enim actio, quae non fuit ab initio nata... ».

antérieurement à l'affranchissement. L'actio furti ne pouvait pas être exercée parce qu'au moment où s'était produit le délit, l'obstacle même à l'exercice de l'actio furti la dominica ou la patria potestas subsistaient encore.

Un dernier point, avant de clore notre étude du furtum du filiusfamilias au préjudice du paterfamilias, à l'époque classique, mérite de retenir quelques instants notre attention: jusqu'alors, nous avons toujours envisagé la même hypothèse, c'est-à-dire le vol du fils au détriment de son père, mais ne rencontre-t-on pas des cas de vol du père au préjudice du fils ? Cette question, qui rentre dans le cadre de notre étude du vol intrafamilial, présente toutefois un intérêt moindre parce que le furtum possible du paterfamilias ne se concevait, ou plus exactement, se limitait à la soustraction d'un objet compris dans le peculium castrense (1). Le peculium castrense en effet se trouve constitué par les biens acquis par le filiusfamilias dans les camps et Ulpien (2) déclare qu'à l'égard de ce pécule, les fils de famille jouent le rôle de chefs de famille. Le paterfamilias ne peut donc pas, à son gré, éteindre le pécule par le retrait de son autorisation (ademptio peculii). D'après Papinien (3), le peculium castrense est soumis à un double droit, celui du père et celui du fils. En effet, pendant la vie

(1) Cf. APPLETON, *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrens* (Nouvelle revue historique de droit, t. 35, 1911, p. 593 et s.).

FITTING, *Das castrense peculium*, 1871.

(2) ULPEN (D. 14, VI, 2) « ...filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur ».

(3) PAPINIEN (D. 49, XVII, 15, § 3).

du fils, celui-ci est traité comme le propriétaire des biens du pécule, mais le droit du père est suspendu plutôt qu'éteint : si le *filiusfamilias* meurt sans avoir disposé du pécule, celui-ci retourne nécessairement à son père à titre de pécule (*jure peculii*).

Bref, le *paterfamilias* n'est pas, durant la vie de son fils propriétaire du *peculium castrense* de celui-ci. Et c'est ce qui permet de concevoir un *furtum* du *paterfamilias* au préjudice de son fils. En effet, lorsque le *paterfamilias* constitue lui-même un pécule à son fils, on ne peut admettre que par la suite, il le dérobe, puisqu'il a la possibilité de retirer son autorisation.

Quelle était, au cas de vol du *peculium castrense*, la sanction infligée au *paterfamilias* ? Ulpien (1), le seul des jurisconsultes qui se soit intéressé à ce cas, déclare que le père qui a dérobé une chose comprise dans le *peculium castrense* a non seulement commis un *furtum*, mais est encore tenu *furti*.

Cette décision est assez surprenante, car il est difficile d'admettre que le fils puisse intenter contre son père l'*actio furti* et il faut penser, croyons-nous, avec M. Desjardins, (2) que la décision d'Ulpien s'appliquait au père émancipateur. C'est dans ce sens qu'il faudrait l'entendre et le vol du *paterfamilias* au détriment du *peculium castrense* de

(1) ULPEN (D. 47, II, 52, § 6) « ...An autem pater filio teneatur, si rum ejus castrensis peculii subtraxerit, videamus : et putem teneri : non tantum igitur furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur ».

(2) DESJARDINS (Albert), *Traité du vol dans les législations de l'antiquité et spécialement en droit romain*, p. 179.

son fils aurait été probablement sanctionné par une *actio in factum* au double ou au quadruple.

En résumé, à l'époque classique, le fondement de la répression du *furtum* commis par le *filiusfamilias* au préjudice de son père repose sur un lien de subordination, la *patria potestas*, qui unit le fils au *paterfamilias* et les rattache tous deux à la *domus*. La similitude de cette situation avec celle de l'épouse, rattachée aussi à la *domus*, et qui s'oppose à une répression *furti* du vol commis par elle aurait été la cause de l'embarras des jurisconsultes à apporter une sanction au *furtum* du *filiusfamilias*. Ils ne pouvaient pas, en effet, autoriser l'exercice d'une *actio rerum amotarum* nécessairement subordonnée, nous l'avons écrit, à un vol commis *divortii causa* et le divorce ayant eu lieu.

SECTION III

Époque Justinienne

Lors de notre étude dans le droit de Justinien, du *furtum* d'un époux au détriment de l'autre, nous avons noté une évolution très nette de la jurisprudence, en effet, à l'époque classique le fondement de la répression était basé sur la *societas*, le *consortium vitae* que formaient les conjoints, or, à l'époque justinienne, à la suite d'une lente évolution, ce premier concept se transformait en celui d'*honor matrimonii*, d'*affectio maritalis*.

Observe-t-on en ce qui concerne le fondement de

la répression du *furtum* du *filiusfamilias*, une transformation du concept en vigueur à l'époque classique ? Nous ne le pensons pas et en voici les motifs: Justinien a modifié la notion qui était à la base de la répression du *furtum* entre époux, parce qu'il n'existait plus alors entre époux l'étroite société de culte et de biens et qu'il fallait enrayer la désagrégation apportée dans la famille romaine par le divorce.

Or, en ce qui concerne le *filiusfamilias*, sa condition juridique, à l'époque de Justinien, diffère peu de celle qu'il possédait sous le haut Empire. Le fils de famille est toujours placé sous l'autorité de son père et si le chef de la *domus* ne dispose plus du droit de vie et de mort « *jus vitae, necisque* », il conserve néanmoins le droit de correction (1). Le fils de famille, en outre, est toujours copropriétaire des biens dont, à la mort du *de cuius* il doit hériter. Il est vrai que désormais, son droit de propriété s'étend (d'une part, Constantin pour les fils de famille occupant une charge de cour, Théodore II pour les avocats, enfin Justinien pour les clercs, décident que le *filiusfamilias* conserve la propriété de ses économies personnelles (*peculium quasi-castrense*); d'autre part, Constantin en 319 décrète que les biens provenant de la succession maternelle appartiennent quant à leur nu-propriété au *filius familias*.)

(1) *C. Th.*, IX, 13, 1 (Valentinianus et Valens) « *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat...* ».

Mais pour tous les autres biens, le *filiusfamilias* n'en est pas le propriétaire mais le copropriétaire, puisque c'est seulement à la succession du *de cujus* que le droit virtuel qu'il avait jusqu'alors sur eux se transforme en un véritable droit de propriété.

Donc, si un vol ou une soustraction est opérée sur ces biens, c'est toujours, comme à l'époque classique, la *patria potestas* qui s'opposera à une répression ordinaire du vol. Au sein d'une même famille, il n'est pas question de vengeance, mais de châtiment infligé par le chef comme magistrat domestique et à l'égard du *filius familias*, le père a cette qualité en vertu de la *patria potestas*.

D'ailleurs, il existe un argument de texte, si l'on peut ainsi s'exprimer : à l'époque justinienne, on ne rencontre aucun passage relatif au vol commis par le fils de famille au préjudice de son père.

C'est donc l'absence de textes, mais surtout l'inexistence d'interpolations à l'époque classique (1) qui nous permettent d'affirmer, qu'à l'époque du Bas-Empire, l'obstacle qui interdisait l'exercice de

(1) Nous avons rencontré deux textes (PAUL, D. 47, II, 16 et ULPEN, D. 47, II, 17) déjà cités ; qui nous renseignent sur les motifs de l'exclusion de l'*actio furti* au cas de vol perpétré par le fils à l'encontre de son père.

Or ces deux passages ne sont vraisemblablement pas interpolés. M. BESELER (*Beiträge*, 1911, II, p. 121) prétend toutefois que toute la fin du texte d'Ulpian (*neque enim qui potest... prodita est*) serait interpolée. Mais le critère de son interpolation qu'il tire des mots *neceesse habere* est bien fragile. D'ailleurs la majorité des auteurs qui se sont occupés de ce texte l'ont considéré comme pur. Cf. SOLAZZI (*Sulla capacità del filiusfamilias di stare in giudizio*, Bull. dell'Inst. di dir. romano, XI, 1898, p. 152). ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 72, 3.

Le passage de Paul n'est pas davantage interpolé, cf. HUVELIN, *op. cit.*, p. 366. Bien au contraire il nous faut dire que la règle posée

l'actio furti à l'encontre du filiusfamilias était identique à celui que l'on a rencontré à l'époque classique.

Il nous reste désormais, pour compléter notre étude du vol intrafamilial, à rechercher quelle était la répression du vol commis par l'esclave au préjudice du maître.

par Paul et Ulpien dans leurs *Libri ad Sabinum* est une règle ancienne. Ils l'ont recueillie chez Sabinus et la citation qu'Ulpien fait des *veteres* provient de la même source.

D'ailleurs le texte correspondant des *Basiliques* (60, 12, 17, pr. et ch. 1) attribue aux anciennes lois l'exclusion de l'actio furti : « ...ούδὲ ἀγωγὴ πατρὶ κατὰ παιδός, ἢ δεσπότῃ κατὰ δούλου ἐκ τῶν πάλαι νομίμων ἐδόθη ».

CHAPITRE II

Mécanisme de la répression

Bien que nous n'ayons pas encore étudié le *furtum* de l'esclave au préjudice de son maître, nous traiterons dans un chapitre unique la répression de son délit et celle du vol commis par un *filiusfamilias* au détriment du *paterfamilias*. L'exercice soit de la *patria potestas*, soit de la *dominica potestas*, aboutit à des résultats à peu près analogues.

Très anciennement, le pouvoir de discipline domestique est très étendu. Le *paterfamilias* est *pontifex maximus* ; il exerce le droit de vie et de mort « *jus vitae necisque* » sans que son autorité soit contrôlée et limitée ni par les *comices* ni par les jurés. Et le défaut de fermeté des notions de délit et de peine que présente ordinairement la discipline domestique telle qu'elle est appliquée aux esclaves et aux fils, montre d'ailleurs très bien que cette discipline n'est que l'exercice du droit de propriété du *paterfamilias* sur tous les biens et toutes les personnes qui font partie de la *domus*.

Pour chaque cas particulier, il n'existe aucune autre limite que l'arbitraire.

Tout d'abord, en effet, la notion de délit n'est

pas juridiquement fixée, le chef de la domus peut intervenir lors de tout acte dont l'auteur est une personne en sa puissance, soit que l'acte constitue un délit public, soit qu'il constitue un délit privé.

La discipline domestique, si l'on peut ainsi s'exprimer, s'exerce parce que tel est le bon plaisir du paterfamilias ou du maître (1).

En second lieu, il n'existe pas davantage de notion de la peine juridiquement fixée. Il n'y a pas de correspondance ferme entre le délit et son expiation. Quelles sortes de peines pouvaient donc être prononcées lors du délit de vol commis par un filiusfamilias au préjudice de son père ?

Nous ne possédons pas de renseignements sur la répression domestique du vol commis par un filiusfamilias. Le seul témoignage est le passage d'Orose (2), mais l'historien ne nous indique pas s'il s'agit d'un vol commis au préjudice du paterfamilias; d'autre part, la peine corporelle qu'il donne comme sanction du délit: la mort du coupable, est des plus suspectes. En effet, suivant la loi des XII Tables, au cas de vol manifeste, flagellation avait lieu (3).

A l'inverse, nous avons quelques données sur la répression domestique du vol commis par un esclave au préjudice de son maître. M. Huvelin (4)

(1) MOMMSEN *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 24 et s.

(2) OROSE, *Historiarum adversus paganos*, libri VII (IV, 13, 18), passage déjà cité.

(3) Cf. G. CORNIL *Contribution à l'étude de la patria potestas*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1897, p. 449 et s.

(4) HUVELIN, *op. cit.*, p. 203.

pense que l'esclave, pris sur le fait, encourait la peine des verges, mais l'arbitraire de la discipline domestique, ajoute-t-il, pouvait diminuer ou aggraver la peine. Il nous signale aussi que lorsque le vol restait impuni, on avait souvent recours aux puissances surnaturelles. On invoquait les dieux dans le but de retrouver les coupables (1).

En outre, Cicéron, dans son *actio pro. A. Cluentio Habito* (2) prononcée en 66 avant Jésus-Christ, nous relate que l'esclave Straton qui avait commis un double meurtre suivi de vol avec effraction, au préjudice du maître, avait été mis aux fers.

La peine était donc essentiellement arbitraire et variait dans chaque cas particulier. Il est impossible, à l'inverse de ce que nous avons rencontré pour l'*actio rerum amotarum* dont les conditions d'application sont nettement définies, de déterminer la peine applicable.

Enfin, comment ce *judicium domesticum* est-il exercé ? La discipline domestique n'est pas juridiquement organisée. Evidemment, elle doit se manifester comme l'exercice d'un droit (3) mais l'observation d'une forme fixe pour son exercice, n'est prescrite à aucun endroit. Une pareille idée est même contraire à la nature de cette discipline (4).

(1) HUVELIN, *Magie et droit individuel*, Annales sociologiques, X, 1907, p. 13 et s.

(2) CIC., *Pro. Cluent*, 64, 179-181 ; 65, 182-185 ; 66, 185-187.

(3) A l'époque républicaine, déjà, le père qui fait périr perfidement son fils en puissance est puni comme un meurtrier, cf. SÉNÈQUE, *De clem.*, 1, 15.

(4) MOMMSEN, *op. cit.*, p. 26, 27.

La sentence est prononcée à l'intérieur de la maison. Dans la plupart des cas importants dans lesquels figurent les accusations graves contre les enfants en puissance (par exemple un vol important) on exige, non pas en vertu d'une loi, mais à raison d'un usage reçu à Rome, l'adjonction au père de famille d'hommes de conseils parmi lesquels figurent des proches, des amis ou parfois même des personnages de marque moins liés avec la famille. Un débat se déroule devant eux à la manière d'un procès. La décision est rendue comme dans tout consilium, après audition des conseillers et elle émane du chef de famille, du paterfamilias. Lorsqu'il s'agit d'accusations graves portées contre un esclave, aucune adjonction au maître n'est opérée.

L'ancienne potestas vitae ac necis du paterfamilias ou du maître, disparaîtra sous l'Empire. Mais ce qui a surtout porté un coup fatal à l'ancien pouvoir de correction illimité du paterfamilias, c'est cette disposition rapportée par Ulpien, aux termes de laquelle, le fils de famille doit être déféré à la juridiction ordinaire (1). Le sens de cette disposition est précisé par les empereurs Valentinien et Valens dans une constitution de l'an 365 qui restreint l'application de la juridiction domestique aux erreurs et fautes légères des enfants (2).

(1) ULPEN (D. 48, VIII, 2). « Inauditum filium pater occidere non potest sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet ».

(2) C. Th. IX, 13, 1 (Impp. Valentinien et Valens., 365).

TROISIÈME PARTIE

**Vol commis par un esclave au préjudice de
son maître ou par un affranchi au détri-
ment de son patron.**

CHAPITRE PREMIER

Historique de la répression

L'esclave (1) primitivement, n'est pas une personne. C'est une *res Mancipi*, un objet de propriété. *Alieni juris*, il ne peut commettre de véritables vols au point de vue juridique par rapport à son maître. S'il dérobe des étrangers, le maître profite de la chose volée et pourra être poursuivi, mais avec faculté d'abandonner noxalement l'esclave (2). Et il est permis de penser que si l'esclave a tenté de dérober une chose appartenant à son maître, celui-ci le châtiara au moins aussi rigoureusement.

A l'époque classique, le droit le place au rang des personnes : en effet, d'une part il lui facilite les moyens d'acquérir la liberté, d'autre part il le protège contre l'abus de pouvoir du maître. Enfin, il reconnaît à l'esclave une certaine capacité juridique puisqu'il lui est maintenant permis de figurer dans un acte juridique d'acquisition en empruntant la capacité de son maître (3).

(1) Cf. W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery*, Cambridge, 1908.

(2) *Tabula XII*, 2 cf. GIRARD, *Textes*, op. cit., p. 22.

(3) JULIEN (D. 39, II, 42). « Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur ».

Mais l'amélioration de sa condition n'a pas éteint chez l'esclave le désir qu'il peut avoir de voler son maître. En effet, Plaute (1) nous fait assister à la conversation de deux esclaves (Léonida et Libanus); tous deux se congratulent réciproquement des hauts faits qu'ils ont mis à leur actif. Leonida rappelle à Libanus, entre autres journées glorieuses, celle où il a percé une muraille et celle où il s'est fait prendre en flagrant délit de vol (2). A son tour, Libanus luttant de courtoisie, lui fait gloire d'exploits plus mémorables encore (3).

Or, il y a tout lieu de penser que les vols dont se vantent les deux esclaves avaient été commis par eux au détriment de leur maître (4) et qu'une peine arbitraire avait été prononcée contre eux.

Cicéron (5), en outre, nous rapporte une curieuse histoire de cambriolage et de meurtre. Il défendait la cause de A. Cluentius Habtius, accusé par sa mère Sassia, d'avoir empoisonné Statius Albius Oppianicus, son beau-père. Mais Sassia soupçonnait un de ses esclaves nommé Straton, d'avoir trempé dans l'affaire. Une instruction privée ouverte dans la maison de Sassia révéla en effet la culpabilité de l'esclave Straton: il avait commis un double meurtre suivi de vol avec effraction.

Les jurisconsultes, de leur côté, se préoccupent

(1) PLAUTE, *Asinaire*, III, 2.

(2) PLAUTE *Asinar.* (III, 2, 17. v° 563) : Ubi parietes perfoderis, in furto ubi sis prehensus.

(3) PLAUTE, *Asinar* (III, 2, 23, v° 569). Ubi prensus in furto sies manifesto et verberatur.

(4) Cf. HUVELIN, *op. cit.*, p. 203.

(5) CICÉRO, *Pro Cluentio*, 64, 179-181 ; 65, 182-185 ; etc...

du *furtum* possible de l'esclave. Paul au Digeste (1) semble s'intéresser à un esclave qui dispose à l'insu de son maître, de l'argenterie de ce dernier, mais il examine surtout si le prêteur sur gages (l'esclave s'était hâté d'engager le plat pour faire quelque argent) a commis un vol.

En outre, nous l'avons écrit, il y a quelques instants, le maître qui désirait utiliser les services de son esclave tout en limitant ses risques, pouvait lui confier une masse de biens appelés *pécule* (*peculium*). Or, ne peut-on pas concevoir un vol par l'esclave des objets compris dans le *pécule*. Si Alfenus (2) y fait d'ailleurs allusion: il envisage le cas d'un esclave qui vend à l'insu de son maître un objet dépendant de son *pécule*, mais il se préoccupe de savoir si l'acheteur peut *usucaper* et ne se prononce pas catégoriquement sur le fait de l'esclave. Mais, postérieurement, Julien (3) déclare que l'esclave qui détourne des valeurs du *pécule* « *furandi animo* » commet un *furtum*.

Quel sera alors le fondement de la répression du *furtum* commis par l'esclave au préjudice du maître ?

Paul (4) nous en entretient et compare la situa-

(1) PAUL (D. 12, VI, 36). « *Servus cujusdam insciente domino magidem commodavit...* ».

(2) ALFENUS (D. 41, III, 34) « *Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse* ».

(3) JULIEN (D. 47, II, 57, § 3). « *Cum autem servus rem suam peculiarem furandi consilio amovet, quamdiu eam retinet, condicio ejus non mutatur (nihil enim domino ab est): sed si alii tradiderit, furtum faciet.* ».

(4) PAUL (D. 47, II, 16), texte déjà cité.

tion faite à l'esclave voleur à celle que l'on rencontrait lorsque l'auteur du vol domestique était le *filiusfamilias* « le père dit-il, ne peut pas intenter l'action de vol contre son fils ou son esclave, parce que nous ne pouvons pas plus agir contre ceux qui sont sous notre puissance que contre nous-mêmes ». Ulpien (1), développe une opinion identique dans un langage un peu différent: « celui qui peut statuer sur le voleur n'a pas besoin de faire statuer contre lui ».

Somme toute, c'est encore un lien de dépendance, ici la *dominica potestas*, qui s'oppose à l'octroi de l'*actio furti* contre l'esclave. Et le fondement de la répression du *furtum* de ce troisième personnage de la *domus* se rattache ainsi à celui du vol que pouvait commettre, durant le mariage l'épouse ; et pendant la durée de la *patria potestas*, le *filiusfamilias*.

C'est le triple aspect, si nous pouvons ainsi nous exprimer, de la vie commune, celle de la *domus*, que mènent l'épouse, les fils de famille et l'esclave, qui, dans ces trois hypothèses, commande le rejet de l'*actio furti*.

La seule différence c'est que cette notion qui, dès le mariage s'opposait déjà à une répression ordinaire du vol entre époux, produit encore effet à sa dissolution. Et dans ce cas, l'exercice d'une procédure spéciale à laquelle conduit ce concept, est subordonnée à l'existence de deux conditions : la

(1) ULPEN (D. 47, II, 17), texte déjà cité.

soustraction doit avoir été commise « *divortii causa* » et « *divortio secuto* ». C'est cette particularité qui a sans doute embarrassé les jurisconsultes lorsqu'il s'est agi de sanctionner le vol du fils au préjudice de son père et qui, ici encore, a dû les gêner, lors du *furtum* de l'esclave au détriment de son maître. Aucune répression spéciale n'a été en effet prévue.

Si le fils de famille, avons-nous écrit, peut être émancipé et obtenir ainsi une individualité, il en est de même lors de l'affranchissement de l'esclave. Quelle solution faut-il alors adopter, lorsque l'esclave a perpétré un vol toujours au préjudice du maître, soit antérieurement à l'affranchissement, soit postérieurement.

Ulpien, ici encore, prend soin de nous renseigner et décide que l'esclave qui a volé son maître, antérieurement à son affranchissement, ne peut pas être poursuivi par l'*actio furti*. En effet, dit-il, « si l'*actio furti* n'est pas née au moment où le fait s'est produit, c'est-à-dire pendant que l'esclave affranchi était encore esclave, peu importe que plus tard l'obstacle ait disparu ».

Cette solution corrobore nos précédentes explications : tant que dure la *dominica potestas*, le maître n'a pas besoin de recourir aux magistrats pour châtier. Sa qualité de magistrat domestique lui permet de punir. Or, le *furtum* a été perpétré alors que durait encore la *patria potestas*, le maître avait donc la faculté de châtier et l'*actio furti* ne devait pas pouvoir être dirigée contre l'esclave coupable. Faut-il en inférer que l'ancien esclave,

le libertus, pourra être obligé furti, s'il soustrait postérieurement à son affranchissement une chose à son patron ? Malgré son affranchissement, l'esclave se trouve toujours dans une certaine dépendance vis-à-vis de son maître et de la famille de celui-ci; et cette situation, primitivement, était assez voisine de l'esclavage (1). C'est pourquoi, vraisemblablement, Marcien (2) conclut à l'existence possible d'un *judicium domesticum* de la part du patron à l'encontre de l'affranchi « du libertus », mais seulement d'ailleurs si les vols sont très légers « *furta domestica, si violora sunt...* ». S'il existe des complices du vol de l'esclave ou du fils de famille, nous admettons, en présence des termes employés au Digeste par Ulpien (3), que les complices seront tenus furti. Enfin, un esclave fugitif vole son maître, semble nous dire en outre Africain (4), par le seul fait de sa fuite, car il fait le vol de lui-même et en soustrayant son enfant, il fait encore un vol (5).

Au Bas-Empire, la situation de l'esclave, auteur

(1) Cf. *Mélanges*, CORNIL, t. I, 1926, p. 298, p. 300, n° 2.

(2) MARCIEN (D. 48, XVIII, 11, § 1^{er}) *Furta domestica, si violora sunt, publice judicanda non sunt nec admittenda est hujus modi accusatio cum... vel libertus a patrono ..* ».

(3) ULPYEN (D. 47, II, 36, § 1^{er}). « ...Item placuit eum, qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri quamvis ipsi furti actione non convenientur ».

(4) AFRICANUS (D. 47, II, 61 (60)). « *Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtum facit* ».

Cf. GIRARD, *op. cit.*, p. 432, note 4.

BASANOFF, *Partus ancillae*, thèse Droit, Paris, 1929, p. 218.

(5) Le raisonnement tenu par le juriconsulte Africain est empirique : un esclave fugitif est considéré comme volé à son propre regard et à celui de son maître, il ne pourra donc pas être usucapé

d'un vol au préjudice de son maître n'est pas modifiée, pensons-nous.

En faveur de cette assertion, nous pouvons, en effet, alléguer le motif même que nous avons invoqué lors de l'étude du *furtum* du fils de famille au préjudice de son père, au Bas-Empire.

Le droit de Justinien ne nous mentionne pas, d'une part, un nouveau changement dans le fondement de la répression du *furtum* de l'esclave; d'autre part, les textes classiques concordent quant au concept qui sert de base à la répression et ne décèlent aucune interpolation.

Aucune idée justinienne n'a donc été introduite et pourquoi ? Parce qu'une modification de la notion qui était à la base de la répression du *furtum* de l'esclave au préjudice du maître, n'avait lieu d'être réalisée: à l'époque justinienne comme à l'époque classique la condition de l'esclave était la même et c'était toujours la *dominica potestas* qui lui dictait la vie que, soit en vertu du mariage ou de la *patria potestas*, menaient les autres membres de la *domus*.

par le maître qui le recueillera. Et c'est vraisemblablement là le but de cette disposition que nous rapporte Africain. Au Code, d'ailleurs, une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de l'an 286, reprend la même idée : C. II, 1, 1. « *Servum fugitivum sui furtum facere et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis praescriptionem manifestum est, ne fuga servorum dominis suis ex quacumque causa fiat damnosa* ».

CONCLUSION

La domus avec l'évolution de son organisation, mais surtout de la condition des membres qui la composaient, a largement contribué à jeter la lumière sur notre étude du vol intrafamilial.

Très anciennement, le culte domestique et la religion sont à la base de toute l'organisation familiale. Le paterfamilias est le chef religieux et temporel de la domus. Les infractions constituent des souillures, des taches apportées aux institutions qu'elles transgressent et la sanction est d'ordre religieux.

- Vol religieux, tel a été le premier caractère du furtum à l'intérieur de la domus.

Peu à peu, le concept religieux s'est évanoui et il s'y est substitué une notion de communauté d'intérêts et de patrimoine. Le rôle de l'épouse est celui d'une « socia » du mari et le titre de domina qu'elle porte s'oppose désormais à une sanction ordinaire du vol dont elle est peut-être l'auteur. Un système spécial de répression fonctionne à l'époque classique à son égard: l'actio rerum amotarum.

Le *furtum* commis par le *filiusfamilias* au préjudice du *paterfamilias* ou l'esclave au détriment du maître n'est pas davantage soumis à la répression ordinaire du vol. Le fils de famille ainsi que l'esclave n'ont pas été obligés *furti* parce que comme l'épouse, ils appartenaient à la *domus*. Ils partageaient la vie commune que leur dictait le *paterfamilias*. La *patria potestas* ou la *dominica potestas* sont les deux liens qui les intégraient à la *domus*.

La période du Bas-Empire, avec Justinien, a en outre vu se transformer le concept qui est à la base de la répression du *furtum* entre époux.

En effet, à la communauté d'intérêts et de patrimoine, à notion de quasi-dominium de la femme sur les biens du mari, Justinien a substitué celle plus philosophique et spirituelle d'honor matrimonii, d'affectio maritalis.

L'*actio rerum amotarum* a encore sanctionné à cette époque du droit romain le vol intrafamilial, mais de quasi pénale qu'elle était à l'époque classique, elle est devenue nettement reipersécutoire.

Notre ancien droit français, et cela ne doit pas être une surprise, continue à sanctionner le vol intrafamilial. Mais entre conjoints, adopte-t-il la conception classique, c'est-à-dire la copropriété des époux sur les biens de l'un et l'autre ou la tendance justinienne à savoir l'atteinte à l'honneur du mariage à la suite de l'exercice d'une action infâmante ?

Dans les pays de droit écrit, où régnait l'influence du droit romain, dans aucun cas on n'admettait

des poursuites criminelles pour des vols entre époux ou entre père et fils (1).

S'agissait-il de soustractions commises par la femme au préjudice de son mari ou de sa succession, l'honnêteté publique n'autorisait pas à prendre la voie criminelle pour en obtenir le recouvrement parce que « l'action fameuse intentée contre elle à ce sujet réfléchirait nécessairement contre le mari lui-même en compromettant l'honneur du mariage » (2).

Le caractère blâmable mais non délictueux de pareilles soustractions devait d'ailleurs s'affirmer d'une façon encore plus prépondérante dans les pays de coutume où « puissance paternelle n'avait lieu ».

Cependant, la tendance prépondérante à cette

(1) Dans notre ancien droit français, le vol commis par un domestique ne saurait être comparé à celui que commettait un esclave romain. Contre l'esclave on n'intentait pas l'*actio furti*, parce qu'il faisait partie de la *domus* et que le maître pouvait sanctionner lui-même le délit perpétré par une personne qu'il avait sous sa puissance. Mais avec l'effondrement de l'empire romain, l'esclavage a disparu et, dans notre ancien droit, la qualité de domestique constituera une circonstance aggravante du vol, car le serviteur, en commettant un délit de cet ordre, a trompé la confiance que le maître avait placée en lui.

C'est ainsi que la coutume de Bordeaux, chapitre 10, article 107. (Cf. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, par Guyot, Paris, 1745, p. 668), déclarait « que le domestique qui voloît à son maître chose excédante la somme de 50 livres bourdelois devoit être pendu ; mais si elle étoit de moindre valeur, il n'étoit condamné qu'à être fouetté deux fois par la ville ».

M. ROBERT ANCHEL, *Crimes et châtimens au XVIII^e siècle*, 2^e édition, Paris, 1933, p. 171 ; nous signale que le 5 août 1755, Marie-Thérèse Brière, jolie petite servante, fut condamnée à la potence pour vols domestiques.

(2) MUYART DE VOUGLANS, *Lois criminelles*, p. 283.

époque est incontestablement qu'une immunité est accordée pour les vols commis entre proches parents parce que les auteurs de pareilles soustractions ont une sorte de droit sur la chose qu'ils dérobent (1). Les biens dérobés ne sont pas regardés comme biens d'autrui mais biens de l'un et l'autre époux.

Le concept romain classique de copropriété est celui dont s'est inspiré notre ancien droit.

Notre droit pénal moderne l'a-t-il conservé ? L'article 380 de notre Code pénal qui a établi une immunité au profit des proches parents est muet sur la raison de cette faveur. Mais si on jette un regard sur les commentaires des auteurs relatifs au fondement de cette immunité, on voit se manifester une tendance.

« A défaut de copropriété, écrivent certains (2) et décident certains tribunaux (3), il existe entre ces personnes (les proches parents) une sorte de

(1) MUYART DE VOUGLANS (*Lois criminelles*, p. 283), écrit : « toutes ces personnes ont une espèce de droit sur la chose qu'elles prennent et qu'ainsi on ne les regarde pas comme voleurs », et il fonde le silence de l'action publique « sur l'espèce de droit que ces sortes de qualité (femme, fils), donnent sur la chose même que l'on soustrait ».

DU ROUSSEAU DE LA COMBE, (*Traité des matières criminelles*, p. 226), déclare : « le père ne peut point agir contre ses enfants, ce serait agir contre lui-même ».

SERPILLON (*Code criminel de la France*, p. 1518), remarque « que ces vols ne sont pas qualifiés parce que les enfants ont un droit habituel dans les biens de leurs pères, qu'ils ne regardent pas comme biens d'autrui ».

(2) CHAUVEAU ET HELIÉ, *Théorie du Code pénal*, t. 5, p. 92 et s.

LE GRAVERAND, *Traité de Législation criminelle*, p. 49.

(3) Cours d'Assises de Bastia, 16 mars 1844 et Bouches-du-Rhône, 24 juin 1844 (arrêts cassés, D., 1845-1-290).

droit à la propriété les uns des autres. Ce n'est pas la chose d'autrui qui est soustraite mais un objet appartenant à la famille dont le coupable est membre et cette famille est un être collectif dont il fait partie... »

Mais d'autres auteurs, plus nombreux (1) rejettent cette opinion qui, à leur avis, fait trop grande abstraction de l'individualisme de la personne. A leurs yeux, le fondement de l'immunité réside dans l'intérêt de la dignité du mariage, de la famille ; au résumé dans des motifs d'ordre supérieur de convenances sociales.

D'ailleurs, l'intention même du législateur, sa pensée était telle (2). De son côté, la jurisprudence s'est toujours inspirée de ces considérations.

Si le droit romain classique et notre ancien droit ont vu triompher l'idée de copropriété, notre droit pénal moderne (3) par contre, a repris l'idée justi-

(1) GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. V, p. 104.

GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 380, n° 3.

ROUX, *Cours de Droit pénal*, p. 155.

(2) Louvet, le 19 février 1810, dans le rapport qu'il présentait au Corps législatif, s'exprimait en effet ainsi : « Ici, Messieurs, il s'agit des atteintes à la propriété qui peuvent se commettre entre époux, ascendants, descendants, et cette grande considération vous aura aussitôt frappés, les liens de la nature, ceux du sang, la qualité en un mot des individus, les rapprochent et semblent même, si l'on peut parler ainsi, les identifier à un tel point que la morale, je dirai plus, la pudeur publique aurait trop à souffrir si les soustractions domestiques pouvaient devenir l'objet d'une procédure criminelle et montrer à un auditoire étonné, l'époux accusateur de son épouse, le père poursuivant son fils... ».

(3) Dans les droits étrangers modernes, l'idée de copropriété familiale a d'ailleurs aussi disparu pour faire place aux motifs de bienséance sociale. Seules, les législations anglaises et canadiennes

nienne, l'honor matrimonii, l'affectio maritalis et l'a élargie en celle de bienséance sociale.

Le concept des jurisconsultes romains classiques n'a cependant pas encore perdu toute faveur. Il est en effet intéressant de signaler un jugement du Tribunal de Châteauroux (1), en date du 14 novembre 1900, qui est venu reprendre l'idée de copropriété aujourd'hui abandonnée et déclarer que l'excuse prévue par l'article 380 de notre Code pénal était manifestement fondée sur la communauté d'existence et d'intérêts des époux ».

L'histoire des institutions, même juridiques, n'est somme toute qu'un perpétuel recommencement.

fondent encore l'immunité sur l'idée qu'il y a eu entre proches parents une sorte de copropriété collective qui ne repose précisément sur aucune tête, mais qui a un gérant.

(1) D. S., 1901, 2, p. 230. « ...Qu'en effet, le législateur n'a pas enlevé au fait en question son caractère de soustraction ; qu'il a seulement attaché à la qualité d'époux des deux parties une excuse absolutoire... ».

Que l'excuse elle-même est manifestement fondée sur la communauté d'existence et d'intérêts, que cette communauté est telle que dans la pensée du législateur, elle exclut l'intention ; qu'elle l'exclut non seulement en fait et sauf appréciation des juges ; qu'elle l'exclut légalement et par une présomption de la loi

Vu :

Le Président de la thèse,

DUMONT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

PIERRE-LOUIS LUCAS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 13 avril 1938.

Le Recteur de l'Académie,

SPENLÉ.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages plus spécialement consultés au cours de cette étude

Dictionnaires

- DAREMBERG et SAGLIO. — Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines.
LÉVY (E.), RABEL (E.). — Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur.
Thesaurus linguae latinae (et consilio Academiarum quinque germanicarum Berolinensis, Gottigensis, Lipsiensis, Monacensis, Vindobonensis, 1900).
Vocabularium jurisprudentiae romanae (jussu Instituti Savignani composuerunt Otto Gradenwitz, Bernardus Kuebler, Ernestus Theodorus Schulz. Berlin 1894).

Revues

- Bulletino dell' istituto di diritto romano.
Nouvelle revue historique de droit français et étranger.
Rivista italiana per le scienze giuridiche.
Studi Senesi nel circolo giuridico della reale università.
Studi Senesi.
Zeitschrift der Savigny. Stiftung für Rechtsgeschichte.
Romanische abteilung.

Textes

- Corpus juris civilis. Edit. Mommsen Krueger.
Justiniani Institutiones, édit. Huschke.
Codex Theodosianus (P. Krueger, Berlin 1923).
Textes de droit romain publiés et annotés, 6^e édition, 1937,
par M. Paul-Frédéric Girard.

Couvrages généraux

- ACCARIAS. — Précis de droit romain, 3^e édit., t. 1, Paris 1882.
- BONFANTE (Pietro). — Corso di diritto romano, t. 1, diritto di famiglia 1925; Histoire du droit romain, traduite par MM. Jean Carrère et François Fournier, sur la 3^e édit., revue et augmentée par l'auteur, t. 1, Paris 1928.
- CUQ. — Manuel des Institutions juridiques des Romains, 2^e édition, revue et complétée, Paris 1928.
- GIFFARD (A.-E.). — Petit précis élémentaire de droit romain, Paris 1938.
- GIRARD (Paul-Frédéric). — Manuel élémentaire de droit Romain, 8^e édit., Paris 1929.
- HUVELIN. — Cours élémentaire de droit romain publié par R. Monnier, t. 1 et 2, 1928-29.
- KARLOWA. — Römisches Rechtsgeschichte, t. 2, Leipzig 1901.
- MAY (Gaston). — Eléments de droit romain, Paris 1932.
- MOMMSEN. — Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
- MONIER. — Manuel élémentaire de droit romain, t. 1 et 2, Paris 1935.

Couvrages spéciaux

- ALBERTARIO. — Studi di diritto romano, vol. I, Persone e famiglia, 1933.
- BROCARD-RAGE (Madeleine). — La deductio in domum mariti, thèse Paris 1933.
- BUCKLAND (W.-W.). — The roman law of slavery, Cambridge 1908.
- CORBETT (E.). — The roman law of marriage, Oxford 1930, XII (Compte rendu de E. Levy dans la Z. der Sav. Stift., t. 52, 1932).
- COSTA. — Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, Milano 1890.
- DESJARDIN (Albert). — Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain, Paris 1881.

- François DUMONT. — Les donations entre époux en droit romain, thèse Paris 1928.
- ESMEIN. — Mélanges d'histoire du droit et de critique, droit romain, Paris 1886.
- FITTING. — Das castrense peculium, 1871.
- FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique.
- GIDE (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme, 1885.
- HUVELIN. — Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain I, Les sources, Lyon. Paris 1915.
- JOUSSE. — Traité de justice criminelle, t. IV (édit. 1871).
- LENEL (Otto). — Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wieder. herstellung, 3^e édit. Leipzig 1927.
- LEVET. — Le bénéfice de compétence, thèse Grenoble 1927.
- MASPERO. — Papyrus d'Horapollon (Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale, t. XI, 1914).
- MICOLIER. — Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule dit profectice depuis l'édit de peculio jusqu'à la fin de l'époque classique, thèse Lyon 1932.
- MUYART DE VOUGLANS. — Traité particulier des crimes (1757) et Lois criminelles (1780).
- NOAILLES. — Les Tabous du mariage dans le droit primitif des Romains, Extrait des Annales sociologiques (Série C, fascicule 2).
- PAMPALONI. — Sopra la condictio furtiva (Studi Senesi, t. 16, 1899).
- RIVIER. — Précis du droit de famille romain, Paris 1891.
- SOLAZZI. — Sulla capacita del filiusfamilias di stare in giudizio. Bulletino dell'Istituto di diritto romano, t. 11, 1898.)
- TROPLONG. — De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, Paris 1843.
- WENGER (Dr Léopold). — Rechtshistorische papyrusstudien, Graz, 1902.
- ZANZUCCHI. — Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra congiugi in diritto romano (Rivista italiana per le scienze giuridiche, t. 42, 1906).
-

ABRÉVIATIONS

D=Digeste. — En outre, le premier chiffre indique le livre, le second le titré, le troisième le fragment et le quatrième le paragraphe. P. ex.: D, 47, II, 17, § 3.

C = Code de Justinien. — Ici, le premier chiffre se rapporte au livre, le second au titre, le troisième à la constitution et le quatrième au paragraphe. P. ex.: C, V, 21, 2, §.

cf. = Conférez.

C. Th. = Code Théodosien.

Op. cit. = Opere citato (ouvrage précité).

V° = verbo (mot).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Le vol entre époux

CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique de la répression</i> ...	9
SECTION I. — Période du très ancien droit.....	9
SECTION II. — Période de l'ancien droit.....	16
SECTION III. — Période classique.....	21
SECTION IV. — Époque du Bas-Empire	49
CHAPITRE II. — <i>Mécanisme de la répression</i>	59
SECTION I. — Nature de l'actio rerum amotarum ...	59
§ 1. Époque classique.....	59
§ 2. Droit de Justinien.....	70
SECTION II. — Quand exerce-t-on l'actio rerum amo- tarum ?.....	72
§ 1. Époque classique.....	72
§ 2. Époque du Bas-Empire.....	89
SECTION III. — Modalités et conséquences de l'actio rerum amotarum	91
§ 1. Époque classique.....	91
§ 2. Époque du Bas-Empire.....	104

DEUXIÈME PARTIE

Vol commis par le *filiusfamilias* au préjudice de son père

CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique de la répression...</i>	111
SECTION I. — Époque de l'ancien droit.....	111
SECTION II. — Époque classique.....	114
SECTION III. — Époque Justinienne.....	125
CHAPITRE II. — <i>Mécanisme de la répression</i>	129

TROISIÈME PARTIE

Vol commis par un esclave au préjudice de son maître ou un affranchi au détriment de son patron.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique de la répression..</i>	135
CONCLUSION.....	143
BIBLIOGRAPHIE.....	149
ABRÉVIATIONS.....	152

